Die stille Vertragsannahme gemäß § 151 BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

GERDA MARX

aus Düsseldorf.

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 30. 11. 32.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. A. Manigk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LITERATUR-VERZEICHNIS

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1889.
Biermann: Das bürgerliche Recht, Bd. I 1908.
Brodmann: In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 4, 2. Abteilg. 1918.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I 1910.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1900.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. I, 1906.
Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1910.
Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey 1931.
Freund: Die stillschweigende Vertragsannahme, Diss. Breslau 1899.
Gareis: Kommentar zum BGB., Allgem. Teil 1900.
Gierke, Julius v.: Grundriß des Handelsrechts in „Grundrisse der Rechtswissenschaft", 3. Aufl. 1929.
Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht in Iherings Jahrbuch, Bd. 42, S. 413 ff.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1926.
Himmelschein: Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft in „Abhandlungen zum bürgerlichen Handels- und Arbeitsrecht", herausgegeben von Hoeniger 1930.
Jacobi, Ernst: Die Theorie der Willenserklärung „Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß", Bd. 22, Heft 2 1910.
Jsay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts in „Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß" 1899.
Jacobsohn: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums in Iherings Jahrbuch, Bd. 56, S. 329.
Klumpen: Vertretung beim Eigentumserwerb, Diss. Marburg 1932.
Köppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden in Iherings Jahrbuch, Bd. 11, S. 139.
Lehmann, Heinr.: Allgemeiner Teil in Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. I, 2. Auflage 1928.
Lohweg: Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe. Diss. Erlangen 1931.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff u. ihre Behandlung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Berlin 1918.
— in Juristische Wochenschrift 1931, S. 2225.
— Beiträge zum Wirtschaftsrecht (1931) Bd. II.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, amtl. Ausgabe 1888.
Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Buch, 5. Aufl. 1929.
Planck-Flad: Kommentar zum BGB., Bd. I, 4. Aufl. 1928.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1897.
Roczek: Die Anfechtung nichtempfangsbedürftiger Willenserklärungen. Diss. Breslau 1928.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 93, S. 131.
Salomon: Die Rechtsnatur der Annahme in § 151 BGB., Diss. Erlangen 1911.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, 12. u. 13. Aufl. 1926.
v. Staudinger-Riezler: Kommentar zum BGB., Bd. I, 9. Aufl 1929.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutsch. bürgerl. Rechts, Bd. II, 1. Hälfte 1914.
Wedemeyer: Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, Göttingen 1904.
Wendt: Unterlassung und Versäumnis im bürgerlichen Recht, in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 92, S. 1 ff.
Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches in „Bekkers und Fischers Beiträgen", Heft 7.
Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Allgem. Teil 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

INHALTS-ÜBERSICHT.

Einleitung: Problemstellung 1

I. Abschnitt: Die Rechtsnatur der Annahme in § 151 BGB. . . . 2

1. Begriff der Willenserklärung nach der h. L. 2
2. Definition der Willenserklärung nach der Lehre Manigks Der Kundgebungszweck als Begriffsmerkmal 4
3. Die stille Annahme als Willengeschäft 7
   a) Entstehungsgeschichte des § 151 BGB. 9
   b) Die Theorien über die stillschweigende Vertragsannahme vor Erscheinen von Manigks „Willenserklärung und Willensgeschäft" 10
      aa) Wedemeyer
      bb) Ehrlich
   c) Die Stellungnahme der Literatur zur Lehre vom Willensgeschäft 15
      aa) Jacobsohn
      bb) Ernst Jacobi
      cc) Die neueren Kommentare und Lehrbücher
      dd) Himmelschein und Andere

II. Abschnitt: Zeitpunkt der Vertragsperfektion und Rücktrittsrecht . . 22

1. Die Lehre der Anhänger der Willenserklärungstheorie und ihre kritische Würdigung 23
2. Die Lehre Himmelscheins 27
   a) Annahmewille und Aneignungswille 27
   b) Rücktrittsrecht 29
   c) Verfügung und sukzessive Vertragsentstehung 30

III. Abschnitt: Die Anwendung der für die Willenserklärung geltenden Rechtsnormen auf die stille Vertragsannahme 33

1. Insbesondere die Frage der analogen Anwendung der §§ 116—119 und 122 BGB. 34
2. Uebergang vom Willensgeschäft zur Willenserklärung . . . 36
3. Die stillschweigende Vertragsannahme im Handelsrecht . . . 37

A. EINLEITUNG: PROBLEMSTELLUNG.

Die Bestimmung des § 151 BGB. bildet eine Ausnahme von der Regel der Vertragsentstehung. Allgemein, zwar nicht ausdrücklich durch das Gesetz bestimmt, aber dem Sinn der Sonderbestimmungen der §§ 145 bis 157 BGB. zu entnehmen, basiert der Vertrag auf der Willenseinigung zweier Parteien, die zustande kommt durch zwei entsprechende Willenserklärungen — Antrag der einen, Annahmeerklärung der anderen Partei. Die beiden Vertragsparteien müssen sich also wechselseitig ihren dem Vertrag zugrunde liegenden Rechtsfolgewillen erklären. Durch § 151 BGB. dagegen hat der Gesetzgeber ausdrücklich normiert, daß hier von der Notwendigkeit der Annahmeerklärung abgesehen werden kann, „wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat".

Wie die Entstehungsgeschichte des § 151 BGB. zeigt, gedachten die Gesetzgeber durch diese Regelung Fälle zu erfassen, die schon von den Rechtslehrern des gemeinen Rechts gekannt und viel diskutiert waren[1]) und als „stillschweigende Vertragsannahme" bezeichnet wurden. Die Hauptbeispiele für diese in der Praxis sehr häufig vorkommenden Verträge sind:

1. die Bestellung von Waren unter der Bedingung sofortiger Zusendung und die daraufhin erfolgende Sachlieferung —
2. die Verträge auf Sachüberlassung (Schulbeispiel: Reservierung eines Hotelzimmers für einen auswärtigen Gast, der unter Verzicht auf Zusage bestellt hat).
3. die Annahme der sogenannten Realofferten oder unbestellten Zusendungen (Beispiel: Aufschneiden von zur Ansicht gesandten Büchern, Verbrauchen von Waren).

In allen diesen Fällen ist eine Erklärung seitens des Annehmenden nicht notwendig, erforderlich ist indessen immer „die Annahme". Die Gesetzgeber formulierten: „der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande", eine Formulierung, die eine Klärung der schon vor Erscheinen des bürgerlichen Gesetzbuches vorhandenen Meinungsverschiedenheiten über die Frage: Was ist unter diesem Akt der Annahme ohne Erklärung dem Antragenden gegenüber zu verstehen? nicht herbeiführen konnte. So entspann sich auch nach Herausgabe des BGB. eine bemerkenswerte Diskussion über das Problem „der stillschwei-

1) Vgl. Literatur bei Freund.

genden Vertragsannahme", in deren Mittelpunkt folgende Fragen stehen: Ist diese Art von Rechtshandlung einzureihen in die der Rechtslehre bisher geläufigste Kategorie von Rechtshandlungen, die auf Erzielung bestimmter Rechtswirkungen gerichtet sind, nämlich in die Willenserklärungen, und unterliegt sie denselben rechtlichen Folgen, denen jene gemäß §§ 116 ff. BGB. unterworfen sind; oder hat man es hier zu tun mit einer anderen Art rechtserzeugender Tätigkeit, mit Betätigungen oder Verwirklichungen des Willens, die ohne Erklärung wirksam sein können, oder endlich mit bloßen Realakten, die Rechtsfolgen lediglich auf Grund von Verfügungshandlungen hervorbringen?

Eine Beleuchtung und kritische Würdigung der verschiedenen Ansichten über die Rechtsnatur der Annahme ohne Annahmeerklärung und der Versuch, eine für die Praxis geeignete Regelung zu finden, soll der Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

I. Abschnitt.

DIE RECHTSNATUR DER ANNAHME IN § 151 BGB.

1. Begriff der Willenserklärung nach der h. L.

Wenn die Frage aufgeworfen werden soll, ob die Annahme des Antrages in § 151 BGB. mit der Willenserklärung verwandt oder gar identisch ist, so ist es notwendig, vorweg eine Definition der Willenserklärung zu geben. Dies bedingt wiederum eine kurze Uebersicht über diese höchst streitige Lehre, die aber nur insoweit hier berührt werden soll, als sie unbedingt zur Klärung unseres Problems erforderlich ist, d. h. zu der Beantwortung der Frage, ob die Annahme des § 151 unter den Begriff Willenserklärung einzuordnen ist oder nicht.

Da die Erörterung des Begriffes der Willenserklärung, die weit ins gemeine Recht zurückreicht, auch durch die Entstehung des BGB. nicht ihren Abschluß finden konnte (wie aus den Protokollen und Motiven zum BGB. ersichtlich, vermochten die Verfasser des Gesetzbuches keine einigende Formel zu finden), läßt sich nicht von einer einheitlichen Definition der Willenserklärung sprechen. Vergleicht man bei dem Versuch, zu einer Definition zu kommen, die heute in der Jurisprudenz herrschenden Lehrbücher und Kommentare und die Ansicht des Reichsgerichts[2]), so ergibt sich: Willenserklärung ist die Aeußerung eines auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens, welche nach der Lebenserfahrung einen Schluß darauf zuläßt, daß der Handelnde eine Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse vornehmen will. Man fordert also (wohl auf von Savigny's „Offenbarung des Willens" zurückgehend) ein äußeres Verhalten, aus dem ein

2) Enneccerus I § 136 II A; Oertmann Vorbem. § 104, 9a; Staudinger I S. 396; Planck Vorbem. § 116; RG. 58/346.

Wille erkennbar ist, und man setzt Erklärung gleich Aeußerung. Dabei verkennt man aber, wie später zu zeigen ist, das eigentliche Wesen dieses Rechtsaktes, der ja doch eine Erklärung und nicht nur ein dem Willen entsprechendes Verhalten ist[3]).

Ebenso unentschieden wie die Definition der Willenserklärung selbst ist die weiter lebhaft diskutierte Frage, in welchen Merkmalen der Unterschied zwischen der ausdrücklichen und der stillschweigenden Willenserklärung zu finden sei. Auch hier hatten die Verfasser des BGB. versucht, durch gesetzliche Regelung die Unsicherheiten zu beseitigen. Im ersten Entwurf zum BGB. § 72 war bestimmt, „die Willenserklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen" und in § 74, der dem heutigen § 130 entspricht, war in gewisser Hinsicht eine Abgrenzung dadurch festgestellt, daß die Wirksamkeit einer ausdrücklichen Willenserklärung davon abhängig gemacht war, daß sie dem anderen Teil zukam, die Wirksamkeit der stillschweigenden Willenserklärung davon, daß sie zu seiner Kenntnis gelangte. In der zweiten Kommission wurde indessen der § 72 ganz fallen gelassen und die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung im entsprechenden § 130 BGB. infolge der Uneinigkeit der Verfasser des Gesetzbuches wieder aufgegeben.

Der Unterschied wird heute teils darin gefunden, daß bei der ausdrücklichen Willenserklärung der Zweck verfolgt werde, den Willen zu erklären, während bei der stillschweigenden Willenserklärung der Zweck der betreffenden Handlung wenigstens zunächst ein anderer sei, teils darin, daß bei der ausdrücklichen Willenserklärung die für die Erklärung des Willens im Verkehr üblichen Mittel (Worte, Zeichen) gebraucht werden, während bei der stillschweigenden Willenserklärung der Schluß auf den Willen aus anderen Handlungen gezogen werde[4]). Andere Schriftsteller (so z. B. Staudinger)[5]) machen die Unterscheidung mittelbare und unmittelbare Erklärung, weichen damit aber nicht wesentlich von der Ansicht der vorher erwähnten Lehren ab.

Nach dem von Zitelmann[6]) geschaffenen Sprachgebrauch wird in der Literatur weiter fast allgemein unterschieden zwischen Rechtsgeschäften mit empfangsbedürftigen und solchen mit nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Die Wirksamkeit der ersteren soll abhängig sein vom Zugang an den anderen Teil, während die letzteren von diesem Erfordernis unabhängig sein sollen.

Nach dieser Einteilung, deren Hauptzweck wohl weniger in praktischen Folgerungen als vielmehr in einer systematischen

3) Vergl. Wendt S. 236.
4) Oertmann Vorbem. § 104 d 1.
5) § 151, 3.
6) Zitelmann allgem. T. 1, 95; Biermann Bürg.R. 1, 138.

Gliederung der so viele verschiedene Rechtshandlungen umfassenden Willenserklärung zu sehen ist, reiht man die Fälle des § 151 BGB. ein unter die stillschweigenden nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen.

2. Definition der Willenserklärung nach der Lehre Manigks. Der Kundgebungszweck als Begriffsmerkmal.

Um beweisen zu können, daß die Einreihung der stillen Vertragsannahme unter die Willenserklärung überhaupt, und damit auch unter die stillschweigende nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, nicht dem Wesen dieser Art von Rechtshandlungen entspricht, soll hier zunächst kurz auf die Lehre Manigks eingegangen werden, der in seinem Werk „Willenserklärung und Willensgeschäft" die Theorie der Willenserklärung in grundsätzlich neuartiger Weise auffaßte, die für das hier zu erörternde Problem von maßgebender Bedeutung sein wird.

Es ist wohl vor allem Manigks Verdienst, unter der Unzahl von Rechtshandlungen, die gemeinhin unter dem Begriff Willenserklärung zusammengefaßt wurden, geschieden zu haben zwischen der Kategorie wirklicher Willenserklärungen, wie sie sich unter Anwendung der Normen der §§ 116 ff. BGB. ergaben, und zwischen der hiervon sehr verschiedenen Kategorie der sogenannten Willensgeschäfte.

Es war schon von vereinzelten Schriftstellern, auch des gemeinen Rechts, erkannt worden[7]), daß der rechtsgeschäftliche Wille sich nicht lediglich in Willenserklärungen äußern kann, sondern „daß rechtsgeschäftliche Wirkungen auch durch Realakte erzeugt werden können"[8]), und Ehrlich hatte gerade in Ansehung der „stillschweigenden Vertragsannahme" versucht zu beweisen, daß letztere keine Willenserklärung sei, sondern, daß hier die entsprechenden Rechtsfolgen durch die reale Aneignung an sich begründet würden. Wie aber später noch zu erörtern sein wird, geht Ehrlich in seinen Konsequenzen zu weit, indem er lediglich den realen Aneignungsakt in bestimmten typischen Fällen als bindenden Vertragsschluß gemäß § 151 gelten lassen will, während er die Möglichkeit, den stillschweigenden Vertragsschluß vom Willen des Annehmenden abhängig zu machen, leugnet, und so eine allgemein gültige Norm für alle Fälle der stillen Vertragsannahme nicht finden kann.

Ueberzeugend beleuchtet auch schon Wendt das Problem[9]). Er macht der herrschenden Lehre den Vorwurf, durch Gleichstellung von Erklärung und Aeußerung die Konturen der Willenserklärung völlig verwischt zu haben, und stellt fest, daß das Wesen der Willenserklärung nicht schlechthin in einem Sicht-

7) Hellmann in Jherings Jahrbuch Bd. 42 S. 418; Bekker, System II § 96.
8) Ehrlich S. 157.
9) Wendt S. 238.

barwerden bestehe, sondern eine Erklärung, d. h. Willensmitteilung, meist an eine bestimmte Person, voraussetze.

Der wahre Begriff der Willenserklärung läßt sich nur feststellen, wenn man das Gesetz selbst als Grundlage wählt. So geht Manigk von den Normen aus, die das Gesetz in den §§ 116 ff. BGB. für die Willenserklärung aufstellt, und gewinnt aus der Zusammenstellung dieser Rechtsvorschriften folgende Definition[10]: „Eine Willenserklärung ist eine Aeußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines Geschäftswillens bedient", d. h. also, die Willenserklärung umfaßt einmal einen Geschäftswillen oder Erfolgswillen, der erklärt werden muß, darüber hinaus aber noch den Erklärungswillen, den Willen, die Handlung nach außen einer Person, einem Erklärungsgegner zur Kenntnis zu bringen.

Daß die Willenserklärung einen Geschäftswillen oder Rechtsfolgewillen erfordert, ist unbestritten. Nicht allgemein anerkannt dagegen ist das Erfordernis des Kundgebungszweckes oder Erklärungszweckes, d. h. das Bewußtsein von der Offenbarungskraft des Verhaltens[10a]. Ob dieses Kundgebungsbewußtsein wesentlicher Bestandteil der Willenserklärung ist, soll eine Untersuchung der §§ 116 ff. BGB. ergeben[11].

Der § 116 sagt: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen".

Die Vorschrift regelt den Fall, daß jemand in einer anderen Person die Vorstellung erwecken will, seine abgegebene Erklärung lasse seinen wirklichen Willen erkennen, während dieser in Wahrheit der Erklärung nicht entspricht. Der Erklärende beabsichtigt also, diesen mutmaßlichen Willen dem Gegner zur Kenntnis zu bringen; ein Erklärungszweck ist ohne Zweifel bei ihm vorhanden.

Eine ähnliche Lage ist auch in § 117 vorausgesetzt. Eine Erklärung soll nichtig sein, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben ist. Hier wird allerdings eine Erklärung abgegeben, die dem inneren Willen der Parteien nicht entspricht, aber der Erklärende beabsichtigt, durch seine Scheinerklärung bei dritten Personen eine Vorstellung seines scheinbaren Willens zu erwecken. Er erklärt also nicht nur scheinbar, sondern wirklich, er erklärt in der Absicht, eine bestimmte Wirkung hervorzubringen; eine Kundgebungsabsicht liegt seiner Erklärung mithin unzweifelhaft zugrunde.

Im Falle des § 118 mag es wohl auf den ersten Blick den Anschein haben, als werde hier kein Erklärungszweck vorausgesetzt, da eine Willenserklärung in der Absicht abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt, also die

10) S. 190.
10a) Vgl. Manigk S. 277.
11) Vgl. dazu Manigk S. 178 ff. und Brodmann S. 56 ff.

Vorstellung einer ernsthaften Erklärung nicht erweckt werden soll. Obgleich der Erklärende sich bewußt ist, daß seine Erklärung nicht ernst genommen wird, kann man dennoch von einem zugrundeliegenden Kundgebungszweck sprechen, denn der Erklärende wendet sich an eine Person, von der er voraussetzt, daß sie ihn verstehe, daß sie seine Worte so auffasse, wie sie in Wahrheit seinem Willen entsprechen. Er hat also die Absicht, seine geistige Einstellung dem Gegner zu übermitteln und somit den Willen, einen bestimmten Erfolg durch seine Erklärung einem anderen gegenüber zu erzielen.

Auch der oft von Gegnern der hier wiedergegebenen Lehre angeführte § 119 läßt m. E. deutlich das Erfordernis des Kundgebungsbewußtseins erkennen. Schon durch das Wort A b g a b e zeigt der Gesetzgeber, daß er sich unter dem Anfechtungsberechtigten eine Person vorgestellt hat, die sich bewußt einem anderen gegenüber geäußert hat, denn eine „Erklärung abgeben" heißt ja, sie aus seiner eigenen Sphäre herausgelangen lassen und anderen zugänglich machen. Der Erklärende wird sicherlich nicht eine Erklärung abgeben, von der er nicht will, daß irgend ein anderer sie erfahren wird. Es würde ein vernunftwidriges, höchst unzweckmäßiges Verhalten sein. Und wenn der Anfechtungsberechtigte eine Erklärung d i e s e s Inhaltes nicht abgeben wollte, so muß er wohl den Willen gehabt haben, eine Erklärung anderen Inhaltes, jedenfalls aber eine E r k l ä r u n g abgeben zu wollen. Unrichtig erscheint es, wenn Jacobsohn[12]) meint, der Passus „Wer eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte" umfasse auch den Fall, daß jemand gar keine Erklärung habe abgeben wollen, und setze daher nicht unbedingt den Kundgebungszweck voraus. Jacobsohn legt hierbei irrtümlicherweise den Ton auf Erklärung, während doch die Satzkonstruktion deutlich auf Betonung der Worte d i e s e s I n h a l t s abzielt.

Wenn § 120 von der unrichtigen Uebermittlung einer Willenserklärung spricht, so geht daraus ohne weiteres hervor, daß vom Gesetzgeber hier der Kundgebungszweck vorausgesetzt wurde. Eine Uebermittlung kann nur stattfinden, wenn die Erklärung einem Gegner zugehen soll, wenn der Erklärende beabsichtigte, seinen Willen einem Anderen zur Kenntnis zu bringen.

Von den folgenden §§ bliebe schließlich noch der § 123 auf seine Bedeutung für die Begriffsbildung der Willenserklärung hin zu prüfen. Die übrigen §§ dieses Abschnitts enthalten keine wesentlichen Merkmale, die zur Klärung der hier aufgeworfenen Frage dienen könnten.

§ 123 gibt demjenigen ein Anfechtungsrecht, der durch arglistige Täuschung oder Drohung zur Abgabe einer Willenser-

12) S. 367.

klärung bestimmt worden ist. Wenn A. den B. durch Täuschung oder Drohung veranlaßt, dem C. eine Erklärung abzugeben, z. B. eine Kaufofferte anzunehmen, dann hat B. — wenn auch erzwungener oder irrtümlicher Weise — den Willen, diese Erklärung abzugeben und die Absicht, den C. von dieser Erklärung in Kenntnis zu setzen (coactus tamen voluit). Eine Kundgebungsabsicht liegt seiner Erklärung damit unzweifelhaft zugrunde.

Wird jemand hingegen durch Drohung oder Täuschung nur zu einer Körperbewegung veranlaßt, von der er nicht weiß, daß sie eine Willenserklärung enthält, so ist er nicht zur Abgabe einer Willenserklärung veranlaßt worden. Man denke etwa an das in der Literatur viel zitierte Beispiel Isay's [13]), daß jemand bei einer Weinversteigerung durch Erheben der Hand, ohne es zu wollen, ein Höhergebot um RM. 100.— abgibt. Er will vielmehr einem Bekannten zuwinken. Wenn er hier durch Täuschung veranlaßt sein sollte, die Hand zu erheben, nicht um ein Gebot abzugeben, sondern um dem Bekannten zu winken, kann nicht von der Abgabe einer Willenserklärung die Rede sein. Hier fehlt die Kundgebungsabsicht, und dementsprechend ist eine Anfechtung gemäß § 123 BGB. hier nicht erforderlich [13a]).

Muß es damit als bewiesen angesehen werden, daß jede Geschäftswillensäußerung, die zum Zwecke der Kundgebung einem Erklärungsgegner gegenüber abgegeben wird, und zwar ganz gleichgültig, ob sie nun durch Worte oder Zeichen erfolgt, eine Willenserklärung ist, dann kann gleichzeitig die Unterscheidung ausdrücklich oder stillschweigend, empfangsbedürftig oder nichtempfangsbedürftig ganz aufgegeben werden [13b]).

Wesentlich ist es vielmehr, von der echten Willenserklärung alle Willensäußerungen zu scheiden, die diesen eben festgestellten Merkmalen nicht entsprechen, weil sie ihrem besonderen Wesen nach eine gesonderte rechtliche Behandlung erfordern.

3. „Die stille Annahme" als Willensgeschäft.

Wie oben schon erwähnt, reihte die h. L. die Annahme nach § 151 unter die Fälle der stillschweigenden, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ein. Es war allerdings schon von

---

13) S. 25.

13a) Gemäß Manigk I. u. A. S. 237 ff. sind allerdings nach objektiven Grundsätzen als Erklärungen zu beurteilende, auf Kundgebungszweck aber nicht beruhende Handlungen gemäß ständiger Rechtssprechung aus anzuerkennenden Gründen des Vertrauensschutzes in gewissen Richtungen den Normen der Willenserklärung entsprechend zu behandeln.

13b) Das Gesetz spricht bemerkenswerter Weise an keiner Stelle von „Willenserklärungen, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind". Die Frage, welche Gruppen von Handlungen durch die legal allein vorkommende Bezeichnung „Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben

einer Reihe von Schriftstellern erkannt, daß die stille Vertragsannahme nach besonderen Grundsätzen zu behandeln sei. Aber anstatt daraus die logische Folgerung zu ziehen, daß man hier ein Rechtsgebilde eigenen Charakters vor sich habe, erweiterte man umgekehrt die Normen der Willenserklärung, um sie auch auf diese besonderen Fälle anwenden zu können, anstatt sie ganz von jenen zu scheiden.

Nach der eben festgelegten Definition der Willenserklärung sagt jedoch allein schon der Wortlaut des § 151, daß wir es hier nicht mit einer Willenserklärung zu tun haben. Das Gesetz sagt: „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht." Der Oblat ist also ermächtigt, einen Vertragsschluß herbeizuführen, ohne seinem Vertragsgegner davon eine Mitteilung zu machen; er handelt, ohne sein Handeln nach außen kundgeben zu müssen. Der Offerent verzichtet darauf, verständigt zu werden, er ist zufrieden, wenn der Geschäftsgegner die offerierte Ware annimmt oder die Bestellung ausführt. Der für die Willenserklärung erforderliche Kundgebungszweck ist hier demnach ausdrücklich ausgeschaltet. In dem Augenblick, in dem der Oblat durch eine entsprechende Handlung den Vertragsschluß herbeiführt, betätigt er einen gewissen Geschäftswillen oder Erfolgswillen, aber ohne den Zweck der Erklärung an einen Dritten.

Die von einigen Schriftstellern aufgestellte Behauptung, in der stillschweigenden Annahme liege eine „in die Allgemeinheit oder an die Oeffentlichkeit gerichtete Willenserklärung"[14]), ist eine Fiktion, denn niemand, auch nicht der Antragende hat ein Interesse an einer derartigen Erklärung, die ja als Annahmeerklärung doch auch nur den Antragenden gegenüber erfolgen könnte[15]).

Wir haben es hier mit einer Willensäußerung zu tun, die man als Willensbetätigung oder Willensgeschäft bezeichnen kann. Der auf einen Rechtserfolg gerichtete Wille wird nicht durch eine Handlung kundgetan, deren Bestimmung es ist, den Willen einem Erklärungsgegner zugänglich zu machen, sondern es ist eine solche Handlung, die nur den Umständen und der Verkehrssitte nach einen Schluß auf den Willen des Handelnden zuläßt, eine eindeutige schlüssige Handlung.

Das Wesen der Willensgeschäfte liegt darin, daß die Handlung, in welcher sich der Wille betätigt, nicht Erklärungsmittel, sondern Indiz des Willens ist.

sind" logisch ausgeschlossen, und wie sie positiv zu bestimmen sind, hat das Gesetz durchaus offen gelassen. Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 305 ff.

14) Vgl. Crome § 88 S. 390; Henle S. 102 u. 126.

15) Vgl. dazu Hellmann S. 426; Manigk S. 377.

a) Entstehungsgeschichte des § 151 BGB.

Daß diese Unterscheidung zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft und vor allem die Einreihung der „stillschweigenden Vertragsannahme" unter das letztere nicht eine rein willkürliche und schematische ist, läßt schon eine nähere Betrachtung der Entstehungsgeschichte des § 151 erkennen.

Wie schon erwähnt, sah der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches eine Scheidung vor zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung in § 74 Abs. 1: „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben wird (Empfänger der Willenserklärung) und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntnis gelangt.

Da aber im praktischen Verkehr Fälle vorgekommen waren, wo ein Vertrag zustande kam, ohne daß der Antragende durch eine Annahmeerklärung davon Kenntnis erhielt, ja, wo es gerade auf dem Willen des Antragenden beruhte, wenn man von dem gewöhnlichen Verkehrsgrundsatz absah, „daß, wer einen Vertragsantrag macht, sich bezüglich der Annahme nicht auf Schlußfolgerungen verwiesen wissen will, sondern ausdrücklicher Bescheidung entgegensieht" [16]), sah man sich genötigt, eine besondere Regelung betreffs derartiger Fälle zu geben. Man fügte daher in § 86 des ersten Entwurfs folgende Ausnahmeregelung hinzu: „Die stillschweigende Annahme des einem Abwesenden gemachten Vertragsantrages ist zulässig, wenn der Antragende sie gestattet hat. In einem solchen Falle ist zur Wirksamkeit der Annahme nicht erforderlich, daß die Annahme zur Kenntnis des Antragenden gelangt".

Bei der Gegenüberstellung dieser Bestimmung mit § 74 wird es deutlich, daß man hiermit zwar eine bewußte Abweichung von § 74 schaffen wollte, daß man aber andererseits diese stillschweigende Annahme wohl noch für eine Willenserklärung hielt, wenn man auch, wie aus Mot. z. 1. Entw. S. 172 ff. erhellt, dabei an Fälle dachte, wo z. B. ein Kaufvertragsantrag in der Form einer Bestellung ergeht, der durch Ausführung dieser Bestellung angenommen wird. Es wird allerdings der Ausdruck Willenserklärung völlig vermieden, was vielleicht schon auf eine gewisse Unsicherheit der ersten Kommission hindeuten mag.

Völlige Klarheit in bezug auf diese Fälle der stillschweigenden Annahme schuf erst die zweite Kommission. Sie beseitigte bewußt die Verbindung der fraglichen Vorschrift mit der stillschweigenden Willenserklärung, äußerlich im Wortlaut des § dadurch kenntlich gemacht, daß der Ausdruck „stillschweigend" ganz vermieden wurde. Die Gründe hierzu lassen

16) Mot. z. 1. Entw. S. 172.

sich unschwer aus den Prot. zur 2. Lesung erkennen. Die zweite Kommission ist der Ansicht, daß in den Fällen, in denen die Annahme den Antragenden gegenüber nicht erforderlich sei, nicht von der Annahme als solcher abgesehen werden könne, wohl aber von einer Erklärung, und daß als Annahme hier ausnahmsweise eine jede Betätigung des Annahmewillens genügen müsse. Man verwarf daher auch den an die Erörterungen Zitelmanns (Zusammenfassung der gutachtlichen Aeußerungen I S. 148 ff.) anschließenden Antrag 5 („Hat der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet, so kann der andere Teil die Rechte aus dem Vertrag geltend machen, ohne eine Annahmeerklärung abgegeben zu haben"), weil er „von Gesichtspunkten ausginge, welche sich von der dem Entwurf zugrunde liegenden Auffassung wesentlich entfernten. Habe der Antragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet, so solle nicht davon ausgegangen werden, daß es einer dem Antragenden gegenüber abzugebenden Erklärung nicht bedürfe, sondern daß eine Annahme e r k l ä r u n g überhaupt nicht erforderlich sei" [17]).

Es kann also keinem Zweifel unterliegen, daß die Gesetzgeber durch den § 151 BGB. eine Annahmehandlung schaffen wollten, die unter Umgehung der Form der Willenserklärung einen Vertragsschluß durch Betätigung des Annahmewillens herbeiführen sollte.

b) Die Theorien der stillen Vertragsannahme vor Erscheinen von Manigks „Willenserklärung und Willensgeschäft".

Bei der Auseinandersetzung mit den Gegnern der hier vertretenen Anschauung seien zunächst zwei Schriftsteller erwähnt, die sich schon vor dem Erscheinen von Manigks Schrift „Willenserklärung und Willensgeschäft" mit der stillschweigenden Vertragsannahme beschäftigt haben, nämlich Wedemeyer und Ehrlich [18]). Es ist auffallend und bezeichnend, daß beide Schriftsteller die Unvereinbarkeit dieser „Ausnahmeregelung" mit der h. L. der Willenserklärung erkannt haben. Sie haben auf verschiedene — man kann sagen entgegengesetzte Weise versucht, eine Lösung zu finden, indem Wedemeyer einerseits den § 151 in die Systematik der bekannten Rechtshandlungen einreiht, während Ehrlich sie umgekehrt völlig daraus auszuschalten sucht, und damit haben beide eine gewisse Vorarbeit zur späteren Erkenntnis des eigentlichen Wesens dieser Bestimmung geleistet.

17) Prot. z. 2. Lesung S. 82.

18) Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlung; Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung.

aa) Wedemeyer.

Wedemeyer teilt die Fälle der stillschweigenden Vertragsannahme ein in die sogenannten Aneignungs- und die Erfüllungshandlungen, d. h. er macht, wie aus der Bezeichnung leicht ersichtlich, einen Unterschied insofern, als die Vertragsannahme entweder durch Aneignung der angebotenen Leistung oder andererseits durch Ausführung einer Warenbestellung abgeschlossen werden kann. Er hat damit richtig erkannt, daß es sich um Handlungen, Betätigungen hier handelt. Er versucht aber diese Rechtshandlungen unter die Begriffsbestimmungen der Willenserklärung einzuordnen.

Eine kritische Auseinandersetzung mit seiner Lehre erfordert daher zunächst ein Eingehen auf seine Theorie von der Willenserklärung.

Wedemeyers Definition der Willenserklärung lautet: „Willenserklärung ist das Verhalten einer Person, das — soweit es äußerlich erkennbar hervortritt — den Schluß auf einen gewissen Erklärungswillen rechtfertigt". „Aber es genügt auch", so fährt er fort, „der Anschein eines Erklärungsbewußtseins, der notwendig auch den Anschein eines entsprechenden Wirkungswillens hervorruft". Nur mit Hilfe dieses letzteren Zusatzes gelingt es ihm, die Aneignungs- und Erfüllungshandlungen unter die Kategorie der Willenserklärung zu bringen, denn — wie er selbst eingesteht — „bildet ein Erklärungszweck, wenn überhaupt vorhanden, höchstens einen Nebenzweck der Handlung, während die Forderung nur des Anscheins eines gewissen Erklärungsbewußtseins ungleich leichter erfüllt ist" [19]).

Was aber bedeutet für Wedemeyer der Anschein eines Erklärungsbewußtsein? Wedemeyer will wohl damit sagen, daß der Annehmende das Bewußtsein haben muß, sich in einer bestimmten Weise rechtserheblich zu betätigen, und daß dies Bewußtsein nach außen in Erscheinung getreten sein muß, ohne aber dem Gegner kenntlich gemacht worden zu sein [20]).

Hiermit verkennt Wedemeyer aber, daß es zum Wesen der Willenserklärung gehört, daß der Erklärende seine Absicht der Außenwelt wissentlich zugänglich macht, und er hat wohl selbst gefühlt, daß seine ausdehnende Definition vom Anschein des Erklärungsbewußtseins nicht mehr das Wesen der Willenserklärung deckt, denn er schränkt sie insofern wieder ein, als er bemerkt, niemand dürfe da an einem zutage tretenden Wirkungswillen festgehalten werden, wo das Klarwerden dieses Willens ersichtlich außerhalb seines Bewußtseins liege; diese Handlungen, sogenannte „Willensverräter" seien keine Willenserklärungen. Dadurch gibt er aber ohne zu wollen zu, daß seine Theorie unvollkommen ist und daß eine Willenserklärung doch

19) S. 61 u. S. 66.
20) S. 87.

nur dann vorliegen kann, wenn mit der Rechtshandlung ein Erklärungszweck verbunden ist.

Denn wenn ein Verhalten Anlaß zu Unsicherheiten gibt, ist es nicht geeignet, den Rechtsfolgewillen deutlich erkennen zu lassen, es verdient folglich nicht zu Recht die Bezeichnung Willenserklärung. Nur die Erklärung selbst gewährt dem Vertragsgegner letzte Sicherheit für das Bewußtsein des Wirkungswillens. Gerade aus dieser Unsicherheit, die im Falle einer reinen Willensbetätigung entstehen kann, zeigt es sich, wie begründet das Verlangen ist, zur Willenserklärung die Mitteilung des Erklärungswillens an die Außenwelt zu verlangen, denn hier, wo offenbar das Vertrauen des Vertragsgegners geschützt werden soll[21]), muß der Wille für diesen klar und eindeutig in Erscheinung treten.

Das Sprachgefühl allein sollte es schon zeigen (vgl. Bekker Pandektenr. II § 39 Beilage I), daß es unmöglich ist, irgend eine Betätigung, die Absendung von Waren, das Einstellen eines Buches in den Bücherschrank, das Rauchen einer Zigarre als Willenserklärung zu bezeichnen. Diese Betätigungen lassen wohl unter Umständen einen Schluß auf den Willen des Handelnden zu, aber dieser Schluß kann leicht, wie Wedemeyer es wohl selbst fühlt, ein irriger sein. Es ist daher unmöglich, diese Willensbetätigungen zu den Willenserklärungen zu rechnen. Eine Willenserklärung liegt nur dann vor, wenn ein Wille in Kundgebungsabsicht Anderen, meist einer bestimmten Person, kundgetan und damit dem Adressaten Gewißheit der Endgültigkeit des der Erklärung zugrunde liegenden Rechtsfolgewillens gibt[22]).

Es setzt also die Willenserklärung mit innerer Notwendigkeit Erklärungszweck und Erklärungsgegner (denn nur diesem gegenüber kann sich die Erklärungsabsicht äußern) voraus, und es ist damit unzweifelhaft, daß die Wedemeyer'schen Erfüllungs- und Aneignungshandlungen des § 151 nicht zu den Willenserklärungen gerechnet werden können; denn gerade im Falle des § 151 hat sich ja der Vertragsofferent als Erklärungsgegner selbst ausgeschaltet, da er auf eine Annahmerklärung verzichtet und es ihm genügt, wenn der Oblat durch irgend ein Verhalten, von dem er ihm nicht Mitteilung zu machen braucht, die Vertragsperfektion herbeiführt.

bb) Ehrlich.

Zum entgegengesetzten Resultat wie Wedemeyer gelangt Ehrlich im Verlauf seiner Untersuchung über die stillschwei-

21) Jacobsohn S. 358; Manigk S. 495: „Angelpunkt des Wesens der Willenserklärung ist das durch die Erklärungshandlung im Empfänger erweckte Vertrauen."

22) Vgl. auch Wendt ziv. Arch. 92 S. 238 ff.

gende Willenserklärung, die ihn auch auf das Problem der „stillschweigenden Vertragsannahme" führt. Für ihn gehören zum Wesen der Willenserklärung als unbedingte Bestandteile Wille und Erklärung. Beides glaubt er in den Fällen der Annahme nach § 151 nicht finden zu können, sodaß er zu dem Schluß kommt, daß es sich hier um einen Rechtsakt handelt, der nicht in die bisher bekannten Kategorien von Vertragsschlüssen und zwar durch Willenserklärungen einzuordnen ist[23]).

Im Anschluß an Bekker, System II § 96: „Mag man immerhin daran festhalten, daß ein Vertrag nur durch zwei entsprechende Willen zustande kommen kann, immerhin wäre dann irgendwie auszudrücken, daß vertragsmäßige Rechtsfolgen auch durch gewisse andere Tatbestände (Nichtverträge) in's Leben gerufen werden könnten, namentlich durch gewisse Verbindungen von Willenserklärungen mit Naturalakten", kommt er zu der Folgerung, daß alle diese Handlungen in der realen Aneignung der real angebotenen Leistungen bestehen.

Zur Vollständigkeit einer Willenserklärung fehle einmal eine Erklärung von seiten des Oblaten gegenüber dem anderen Teil, weil ja der Offerent selbst darauf verzichtet habe, zum anderen sei aber auch der zur Willenserklärung erforderliche Annahmewille nicht vorhanden.

Während der erstere Gedanke unbedenklich übernommen werden kann, ist dem letzteren nicht zuzustimmen. Wenn der Oblat auch, eben weil er von diesem Erfordernis befreit ist, sich seinem Vertragsgegner gegenüber nicht erklärt, so muß er doch in dem Augenblick, in dem er handelt, z. B. die Ware verbraucht oder abschickt, den Willen haben, durch diese Handlung eine Rechtswirkung und zwar eine vertragliche Bindung herbeizuführen. Ehrlich gibt allerdings zu, daß ein Wille als solcher vorhanden sein müsse, da jede bewußte menschliche Handlung vom Willen begleitet sei[24]), aber dieser Wille sei nicht der Annahmewille, sondern der Aneignungswille.

Diese Ansicht Ehrlich's läßt sich aber wohl nicht halten, wie gerade auch aus den von ihm angeführten Entscheidungen hervorgeht. Es ist in Wahrheit doch wohl gerade der Annahmewille, der den Vertragsabschluß im Falle des § 151 herbeiführt. Dem Oblaten ist es durch den Verzicht des Offerenten auf eine Annahmeerklärung freigestellt, die Perfektion des Vertrages nach seinem Willen zu realisieren. Wenn nun der Oblat die Ware verzehrt oder versendet, so muß er das Bewußtsein haben, damit einen Vertrag abzuschließen.

Ehrlich zieht das Beispiel heran, daß A. von B. aufgefordert wird, die Ware an C. zu senden. Gewiß ist der Wille des A. darauf

23) S. 165.
24) S. 154.

gerichtet, die Ware an C. abzusenden, gleichzeitig ist er sich aber auch bewußt, dadurch den Vertragsschluß A.—B. zu bewirken, denn B. hat ihn ja dazu aufgefordert, die Ware abzusenden.

Der Oblat hat allerdings in vielen Fällen wohl auch den Willen, sich die Ware bezw. ihren Wert anzueignen und zunutze zu machen, primär ist aber immer ohne Zweifel der Annahmewille (man denke nur an Reservierung eines Hotelzimmers, Absendung einer bestellten Lieferung), der auch unter allen Umständen der eingetretenen Vertragsperfektion zugrunde liegen muß. Man käme zu unhaltbaren Konsequenzen, wollte man jemand auf Grund seines Aneignungswillens an einen Vertrag binden, den er vielleicht gar nicht abschließen wollte. Dadurch würden die wesentlichsten Grundsätze des BGB. über Treu und Glauben durchbrochen. Denn der Aneignungswille, der den Akzeptanten zu der Handlung bestimmte, die nach außen als Vertragsschluß wirken soll (und zwar mit denselben Rechtsfolgen wie die ausdrückliche Willenserklärung[25]) kann ja in völlig anderen Voraussetzungen begründet gewesen sein, als sie für den Vertrag als wesentlich angesehen werden müssen.

Es wäre hier allenfalls möglich, den Oblaten auf den Weg der Irrtumsanfechtung zu verweisen, ein Ausweg, der aber ebenso unbillig wie inkonsequent wäre, da ein Irrtum des Oblaten ja nicht vorliegt. Er wollte ja gar nicht annehmen, sondern wird nur an einem Verhalten, das den Anschein des Annahmewillens hat, festgehalten, und der Vertragsgegner ist nicht geschädigt, da er dem Oblaten den Vertragsschluß überlassen hat und nicht ein getäuschtes Vertrauen geltend machen kann[26]).

Durch diese Theorie vom Vertragsschluß durch den realen Aneignungsakt stößt Ehrlich auch auf Schwierigkeiten hinsichtlich des Zeitpunktes der Vertragsperfektion. Wenn er leugnet, daß der Oblat durch die Betätigung seines Annahmewillens, also durch Sichtbarwerden des inneren Momentes in der Außenwelt, den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt, sieht er sich genötigt, bestimmte reale, rein äußerliche Handlungen als typisch für einen stillschweigenden Vertragsabschluß zu kennzeichnen. Damit ist aber einer großen Unsicherheit bei der Beurteilung dieser Fälle Raum gegeben, denn es ist unmöglich, diese in den verschiedenartigsten Erscheinungen auftretenden Rechtshandlungen unter einige Normaltypen einzugliedern und danach den Zeitpunkt der Vertragsperfektion zu bestimmen. Eine gewisse Sicherheit läßt sich lediglich dadurch erreichen, daß man dies Moment vom Willen des Annehmenden, dem es ja auch vom Offerenten überlassen wird, abhängig macht[26a]).

25) Ehrlich S. 157.
26) Vgl. auch von Tuhr allg. T. § 61 S. 404/409.
26a) Vgl. Manigk S. 362/363.

c) Die Stellungnahme der Literatur zur Lehre vom Willensgeschäft.

In der neueren Literatur bekennt sich die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich mit dem Problem des § 151 BGB. befaßt haben, zu der Auffassung Manigks, daß es sich in diesem Falle weder um eine Willenserklärung noch um einen reinen Realakt, sondern um ein anders zu beurteilendes Verhalten handelt, das ohne das Erfordernis des Erklärungszweckes durch Betätigung eines auf Vertragsschluß gerichteten Willens zustande kommt und teils als Willensgeschäft, teils als Willensbetätigung oder Willensverwirklichung bezeichnet wird.

aa) Jacobsohn.

Sehr ähnlich den hier gemachten Darlegungen sind die Erörterungen Jacobsohns in seinem Aufsatz über „Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums“ [27]).

Abweichend von der hier vertretenen Theorie ist allerdings seine Definition der Willenserklärung insofern, als er die Notwendigkeit des Erklärungszweckes als zu ihrem wesentlichen Bestandteil gehörend leugnet. Praktisch kommt er aber in bezug auf das Wesen des Vertragsschlusses gemäß § 151 BGB. auch zu dem Resultat, daß man es hier nicht mit einer Willenserklärung zu tun habe, da diese richtungsbedürftig sei, d. h. einen Erklärungsgegner voraussetze, der ja bei der stillschweigenden Vertragsannahme eben gesetzlich ausgeschlossen sei [28]).

bb) Ernst Jacobi.

Auch E. Jacobi vertritt in seiner „Theorie der Willenserklärung“ in vielen Punkten die hier vertretene Auffassung. Ausgehend von der Anschauung, daß die Willenserklärung dazu dienen solle, im Erklärungsgegner die Vorstellung von einer Rechtsveränderung und das Vertrauen hierauf zu erwecken, hält er den Kundgebungszweck und damit die Empfangsbedürftigkeit für die wesentliche Grundlage der Willenserklärung. Von dieser Art echter Willenserklärungen, die er als „verläßliche“ bezeichnet, will er die sogenannten „unverläßlichen Willenserklärungen“, „in denen eine Kundgebung an andere gar nicht nötig ist oder diesen doch nicht zur Vertrauensgrundlage dienen sollte“ [29]) geschieden wissen. Diese letztere Art (die eben den § 151 in sich begreift und dem Willensgeschäft entspricht) nennt er auch Willenserklärungen, da ihre Differenziertheit von den verläßlichen Willenserklärungen seiner Ansicht nach nur rein äußerlicher Natur ist und da die Regeln über die Willens-

27) Jherings Jahrbuch Bd. 56 S. 329 ff.
28) S. 391/400.
29) S. 73.

erklärungen auf die unverläßlichen ebenso gut wie auf die verläßlichen Willenserklärungen anzuwenden seien.

Die Begründung dieser Ansicht sucht Jacobi durch Heranziehung der §§ 122, 123, 143 BGB. durchzuführen[30]). Er argumentiert folgendermaßen: Wenn der Gesetzgeber in diesen Bestimmungen einem Dritten, der auf die Erklärung vertraut hat, einen Schadensersatzanspruch gibt, oder einen Dritten, der einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, zum Anfechtungsgegner macht in den Fällen, in denen die Erklärung nicht einem anderen gegenüber abzugeben war, so geht daraus deutlich hervor, daß es entweder Willenserklärungen gibt, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind, oder daß anderenfalls (nämlich, wollte man bei der Behauptung bleiben, ohne Kundgebungszweck gäbe es keine Willenserklärung) der Abs. 4 des § 143 völlig verfehlt sein müsse, da im letzteren Falle eine Anfechtung ja unmöglich sei.

Was das erstere Argument anlangt, so läßt sich m. E. aus der Bezeichnung Erklärung kein sicherer Schluß darauf tun, daß die sogenannte Rechtshandlung wirklich dem Wesen einer Willenserklärung entspricht. Denn — wie zu Anfang hier dargelegt wurde — bietet das Gesetz keine einheitliche Definition der Willenserklärung, bei den Gesetzgebern herrschte vielmehr äußerste Uneinigkeit hinsichtlich der Festlegung dieses Begriffs.

Was seine weitere Argumentation betrifft, so muß Jacobi zugegeben werden, daß der Abs. 4 des § 143 praktisch durchaus unbrauchbar ist, denn einseitige Rechtsgeschäfte, die nicht einem anderen gegenüber vorzunehmen sind, können niemals der Anfechtung unterliegen, da ihnen ein Anfechtungsgegner — d. i. ein Erklärungsgegner — fehlt. Derjenige, der, wie § 143 Abs. 4 voraussetzt, unmittelbar durch die stillschweigende Vertragsannahme berechtigt wird, könnte nur der Offerent als Vertragskontrahent selbst sein, der aber als Erklärungsgegner ausscheidet. Die Suche nach einem Anfechtungsgegner muß also in diesem Falle fruchtlos verlaufen[31]).

Es könnte hier eingewendet werden, daß sehr häufig der Offerent nachträglich von der stillschweigenden Annahme durch Ausführung der betreffenden Handlung oder durch Mitteilung des Oblaten selbst in Kenntnis gesetzt wird. Dann wäre also ein Anfechtungsgegner vorhanden. Wie später noch zu zeigen sein wird, ist eine solche Einwendung durchaus berechtigt, in diesem Falle ist wirklich ein Anfechtungsgegner und die Möglichkeit der Anfechtung gegeben. Dennoch trifft § 143 Abs. 4 hier nicht zu, da die so getätigte Rechtshandlung sich nicht mehr als ein Willensgeschäft, sondern als eine Willenserklärung, d. h. als ein Rechtsgeschäft einem anderen gegenüber darstellt.

30) S. 74.

31) Manigk S. 559 ff., 561 ff. u. S. 334 ff.

cc) Die neueren Ausgaben der Kommentare und Lehrbücher.

Die neuesten Auflagen der größeren Kommentare erkennen im allgemeinen die Notwendigkeit einer Unterscheidung von Willenserklärung und Willensgeschäft oder Willensbetätigung an, während die Meinungen hinsichtlich der Normanwendung erheblich auseinandergehen. Am nächsten der hier vertretenen Ansicht steht Oertmann[32]), der, von der Notwendigkeit des Erklärungswillens bei der Willenserklärung ausgehend, zu dem Ergebnis kommt, daß dieser Erklärungswille nicht in Frage kommt bei Akten, die nicht irgendwie den Zweck einer Kundgebung des Willens verfolgen, d. h. bei denen ein Dritter, ein Erklärungsgegner nicht beteiligt ist. Solche Akte enthalten daher gar keine Erklärung, sie sind keine Willenserklärungen, sondern Willensgeschäfte, auf die auch die §§ 116 ff. BGB., die nur dem „der vorliegenden Erklärung gegenüber schutzwürdigen Interesse des Gegners" dienen, demgemäß nicht anwendbar sind.

Auch Planck-Flad[33]) halten den Kundgebungszweck für die Willenserklärung für wesentlich und reihen den § 151 BGB. unter die „Willensbetätigungen" ein. Dementsprechend halten sie auch die §§ 116 ff., besonders § 119 im Falle der irrtümlichen Annahme grundsätzlich für anwendbar, jedoch mit einer geringfügigen Einschränkung, wie weiter unten im 3. Abschnitt noch zu zeigen sein wird.

Staudinger-Riezler[34]) dagegen leugnen die Notwendigkeit der Adressierung der Willenserklärung. Es ist ihrer Ansicht zufolge indessen von gewissem dogmatischem Wert, solche Willenserklärungen, denen ein Kundgebungszweck wesentlich ist, zu sondern „von denen, welchen zwar ein auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille zugrunde liege, die jedoch mangels eines Erklärungsinteresses eines Anderen nicht dem Kundgebungszweck dienten."

Damit erkennen aber Staudinger-Riezler die Unterscheidung von Willenserklärung und Willensgeschäft an, und es ist nicht einzusehen und auch von den Autoren nicht begründet, aus welchem Grunde sie zu der Ansicht kommen, daß dieser Gegensatz in der „rechtlichen Behandlung kein durchgreifender" sei.

Auch Enneccerus-Nipperdey[35]) fordern, die Notwendigkeit der Adressierung verneinend, lediglich das Aeußerungsbewußtsein, hier also das Bewußtsein des Annehmenden, daß aus seiner Erklärung auf seinen Geschäftswillen geschlossen werden kann. So kommen Enneccerus-Nipperdey zu der Folgerung, daß die Willensbetätigung praktisch nicht an-

32) Vorbem. vor § 104 Zif. 11 b δ.
33) Vorbem. vor § 116 Zif. 3, § 151 Zif. 6.
34) S. 452.
35) § 136 II A.

ders zu bewerten und zu behandeln sei als die Willenserklärung, denn auch bei ihr sei das Aeußerungsbewußtsein zu erfordern, nämlich das Betätigungsbewußtsein, das dem Erklärungsbewußtsein der Willenserklärung entspreche.

Hier wird also jede Willensbetätigung zur „Willenserklärung" und der Fall des § 151 bedürfte keiner besonderen Regelung. Aber das Bewußtsein, daß der Geschäftsgegner die betreffende Handlung als Annahme werten dürfte, kann der Akzeptant nur dann haben, wenn er weiß und selbst dafür sorgt, daß die Handlung zur Kenntnis des Vertragskontrahenten kommt. Der § 151 umfaßt dagegen auch Fälle, in denen diese Voraussetzung durchaus nicht zutrifft. Wenn z. B. der Hotelier durch Anweisung an den Portier für seinen Gast das Zimmer reserviert, oder wenn der Empfänger einer offerierten Ware über sie zu Gunsten eines Dritten verfügt, kann er nicht das Bewußtsein davon haben, daß der Offerent h i e r a u s seinen Annahmewillen erkennen werde; diese Verfügungshandlungen werden dem Vertragsgegner regelmäßig nicht zur Kenntnis gelangen. Das Erklärungsbewußtsein erweist sich hier als eine Fiktion. Die Annahmewirkung ist von einem solchen Bewußtsein vielmehr ganz unabhängig.

Die Ausnahmeregel des § 151 ist eben geschaffen, um eine interne, dem Offerenten nicht zur Kenntnis gelangende Verfügungshandlung als zum Vertragsschluß genügend zu statuieren. Es ist unbegründet (wie schon bei der Widerlegung Wedemeyer's gezeigt), auch wennn man das der Willenserklärung eigentümliche Kundgebungsbewußtsein zu einem bloßen Aeußerungsbewußtsein herabdrückt, die stille Vertragsannahme als Willenserklärung zu beurteilen. In diesen Fällen fehlt oft jede Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Offerenten, die notwendig Voraussetzung für jenes Bewußtsein eines Schlusses auf den Geschäftswillen ist[36]). Daß andererseits eine zufällige auf den Willen des Annehmenden nicht zurückgehende Kenntnisnahme erheblich sein könnte, wird auch von den Anhängern jener Lehre nicht behauptet. In der Tat kann von einem Erklärungsbewußtsein (oder Aehnlichem) nur dann die Rede sein, wenn der Annehmende den Erklärungserfolg seines Verhaltens selbst in den Bereich der Möglichkeit zieht.

Wenn N i p p e r d e y weiterhin behauptet, jegliche Geschäftswillensäußerung sei eine Willenserklärung, bloße Willensbetätigungen gäbe es nicht, weil das Gesetz hierüber keine besonderen Vorschriften aufstelle[37]), so kann es nicht genügen, wenn dafür „die Rechtssprache des 19. Jahrhunderts" als Beweismittel herangezogen wird, da — wie bekannt — gerade die Rechtssprache des 19. Jahrhunderts bei der Bezeichnung der genannten Handlungen ungenau und mehrdeutig war. Auch die

36) Vgl. Himmelschein S. 70.

Heranziehung der Motive als Beweismittel kann in dieser Hinsicht nicht durchschlagen. Aus dem angeführten Satz[37a]), in dem die Worte Willenserklärung und Willensäußerung gebraucht werden, geht nicht einmal hervor, daß beide Bezeichnungen als gleichwertig angesehen werden. Wenn an dieser Stelle gesagt wird, „der Ausdruck Willenserklärung ist namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrunde steht", so haben die Verfasser lediglich das Wort Willensäußerung zur Erläuterung benutzt, aber nicht beide Worte identifizieren wollen. Denn zur Erklärung eines Wortes kann man nicht an dessen Stelle ein gleichbedeutendes anderes Wort setzen, man muß vielmehr seinen Sinn aus der Abstraktion weiter oder enger gefaßter Begriffe gewinnen. Der angeführte Satz läßt eher eine Deutung dahin zu, daß die Bezeichnung Willensäußerung als Oberbegriff über das Wort Willenserklärung gebraucht werden sollte.

Ganz entsprechend der Lehre Manigk's unterscheidet auch H. Lehmann[37b]) Willenserklärungen und Willensbetätigungen oder Willensgeschäfte, d. h. seiner Definition zufolge: einerseits Willensäußerungen mit Kundgebungszweck, bei denen der Wille durch ein Verhalten geäußert wird, das nach der Verkehrssitte oder Vereinbarung dem Zweck dient, den auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willen kundzugeben, und andererseits Willensäußerungen, die ohne den Kundgebungszweck zu verfolgen, unmittelbar auf die Verwirklichung des Willens gerichtet sind.

In dem Mangel des Erklärungswillens bei der Willensbetätigung sieht Lehmann folgerichtig den Grund zu einer Unterscheidung der beiden Gruppen auch hinsichtlich der Normanwendung, da, wie er ausführt, die Bedenken, die bei der Willenserklärung gegen die Berücksichtigung des fehlenden Geschäftswillens sprächen, hier mit Recht aufgegeben werden könnten; denn der Handelnde wende sich an niemand, man könne ihn nicht deshalb bei seinem Verhalten festhalten, weil Andere vielleicht zufällig davon einen bestimmten Eindruck gewonnen hätten.

Auch bei den Schriftstellern des Handelsrechts, so vor allem bei Brodman und Düringer-Hachenburg[37c]) finden wir in den dem Abschnitt „Handelsgeschäfte" vorausgehenden bürgerlich-rechtlichen Lehren vom Rechtsgeschäft ein näheres Eingehen auf die Lehre von Willenserklärung und Willensgeschäft.

Beide Schriftsteller betonen das Erfordernis der Unterscheidung beider Typen, da es beim Willensgeschäft im Gegensatz zur Willenserklärung nicht darauf ankomme, dem Vertragsgeg-

37) § 136 II A, 2.
37a) Mot. S. 126.
37b) S. 129.
37c) Brodmann S. 10 ff. Düringer-Hachenburg Bd. II Einl. Anm. 4. u. 5.

ner einen Willen kundzutun, sondern, da ohne Rücksicht auf den Offerenten die Vertragsperfektion durch irgend eine Betätigung seitens des Antragsempfängers, die seinen Willen erkennen lasse, erfolge, durch Annahme oder Ausführung des gegnerischen Angebotes.

Während Brodmann daraus die Folgerung zieht, daß das Willensgeschäft und hiermit auch die Vertragsannahme nach § 151 rechtlich andere Folgen nach sich ziehe als eine Willenserklärung, teilt Düringer-Hachenburg diese Ansicht nicht in allen Beziehungen [37d]).

dd) Himmelschein und Andere.

In der neuesten Zeit hat sich Himmelschein in seiner Abhandlung über die Lehre vom Rechtsgeschäft eingehend mit der Rechtsnatur der Erfüllungs- und Aneignungshandlungen des § 151 BGB. beschäftigt. Himmelschein teilt die hier vertretene Auffassung, daß die stillschweigende Vertragsannahme keine Willenserklärung sei, da es an der hierzu notwendigen Kundgebung oder Mitteilung des Annahmewillens fehle und da auch der Schein eines solchen Erklärungsbewußtseins nicht vorliege, denn die Verfügungshandlungen seien nicht dazu bestimmt und geeignet, zur Kenntnis des Vertragsgegners zu gelangen und das erforderliche Vertrauen in ihm zu erwecken.

Himmelschein leugnet aber andererseits die praktische Anwendbarkeit der Theorien der Willensbetätigung auf die Vertragsannahme gemäß § 151. Die Durchführung einer solchen Theorie führe zu unbilligen und lebensfremden Ergebnissen. Es ginge nicht an, eine jede Betätigung des Annahmewillens zur Herbeiführung der Vertragsperfektion genügen zu lassen, denn einmal sei der Annahmewille meist nicht der rechtsgeschäftliche Bindungswille, sondern lediglich ein Wunsch nach dem künftigen Vertragsabschlusse; zum anderen werde die Vertragsperfektion dadurch in ein zu frühes Stadium gerückt, und man benötige die Hilfskonstruktion des Rücktrittsrechts, um eventuell die Bindung rückgängig zu machen und den geschlossenen Vertrag zerstören zu können. Dieses Rücktrittsrecht aber könne aus dem Gesetz nicht genügend begründet werden, sodaß letzten Endes die Theorie nicht imstande sei, die Hauptfrage des Problems — wann ist der Vertrag geschlossen? — zu lösen [38]).

Da Himmelschein die Undurchführbarkeit der Theorie vom Willensgeschäft hinsichtlich des Vertragsabschlusses gemäß § 151 hauptsächlich in der mangelnden Sicherheit bei der Feststellung des Zeitpunktes der Vertragsperfektion zu sehen glaubt, soll auch auf seine Lehre von der Verfügung und der sukzessi-

37d) Vgl. darüber unten S. 38.
38) S. 81.

ven Vertragsentstehung erst im nächsten Kapitel eingegangen werden.

In der Dissertation „Vertretung beim Eigentumserwerb von beweglichen Sachen" von K l u m p e n wird bei der Behandlung der Aneignung durch Vertretung kurz die Lehre Manigk's vom Willensgeschäft berührt[38a]). Der Verfasser hält die Berechtigung der Einteilung der Rechtsgeschäfte in Willenserklärungen und Willensgeschäfte für „sehr zweifelhaft", weil jede Willensäußerung mit Rechtsfolgewillen begriffsnotwendig einen Kundgebungsgegner habe. Nur brauche dieser Kundgebungsgegner im Augenblick nicht fest bestimmt zu sein, ebenso wenig wie ein sofortiger Zugang notwendig sei. — Mit dieser Behauptung ist jene Einteilung nicht widerlegt. Wenn gesagt wird, daß jede Willensäußerung mit Rechtsfolgewillen begriffsnotwendig einen Kundgebungsgegner habe, so würde, da die Aneignung unbestreitbar keinen Gegner hat, sie aus dieser Gruppe überhaupt auszuscheiden sein. Wonach soll sich aber der Kundgebungsgegner, nachdem das Rechtsgeschäft perfekt vorgenommen ist, später bestimmen? Soll etwa dann der Zugang der Aeußerung an ihn nachträglich erfolgen? Zu welchem Zwecke? Wenn ein Kundgebungsgegner im Augenblick (Klumpen meint offenbar im Augenblick der Willensäußerung) nicht fest bestimmt zu sein braucht, kann also der durch Willensgeschäft sich Betätigende ohne Rücksicht auf diesen angeblichen Kundgebungsgegner wirksam handeln. Er äußert also seinen auf einen Rechtserfolg gerichteten Willen nicht dem Gegner gegenüber (denn es steht nach jener Ansicht noch nicht fest, wer der Gegner sein werde). Daraus folgt, daß eine Willensäußerung mit Rechsfolgewillen o h n e Kundgebungsgegner möglich ist. „Begriffsnotwendig" ist letzterer erst dann, wenn mit dem Rechtsfolgewillen auch die Kundgebungsabsicht verbunden ist. Damit erledigt sich jene Auffassung.

Auch in der Dissertation von L o h w e g („Die rechtliche Natur der Aneignung und Eigentumsaufgabe")[38b]) wird die Unterscheidung Willenserklärung und Willensgeschäft vollständig abgelehnt. Der Verfasser, der die Manigk'sche „Extraktionsmethode" für die Begriffsbestimmung der Willenserklärung für unanfechtbar erklärt, glaubt aus dem § 116 ff. BGB. den Kundgebungszweck nicht als wesentlich für die Willenserklärung entnehmen zu können. Er wendet sich vor allem gegen die Annahme, daß das Wort „Abgabe" in § 119 für den Kundgebungszweck sprechen könnte, da auch die fahrlässige Willenserklärung hierunter zu rechnen sei[38c]).

Die gegenteilige hier vertretene Auffassung ist oben eingehend begründet worden. Eine weitere kritische Würdigung der

38a) S. 109 ff.
38b) Erlangen 1931.
38c) S. 9, 10.

Ansicht Lohweg's ist nicht möglich, da der Verfasser selbst sie nicht weiter ausgeführt hat.

Im Gegensatz zu den letzteren Autoren schließt sich Roczek in seiner Dissertation[38d]) unmittelbar der Lehre Manigk's an, er übernimmt die Definition Manigk's von der Willenserklärung und billigt eine Unterscheidung von Willenserklärung und Willensgeschäft[38e]). Abweichend davon hält er es aber für erforderlich, die Einteilung der Willenserklärungen in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige, d. h. solche mit bestimmten und mit unbestimmten Adressaten beizubehalten, da sie eine rechtlich gesonderte Behandlung erforderten[38f]).

Dagegen ist hier nur zu bemerken, daß, wo ein rechtsgeschäftlich Handelnder niemanden etwas kundgibt, auch von einem unbestimmten Adressaten nicht gesprochen werden kann.

II. Abschnitt.

ZEITPUNKT DER VERTRAGSPERFEKTION UND RÜCKTRITTSRECHT.

Mit der Erkenntnis, daß die Vertragsannahme ohne Annahmeerklärung keine Willenserklärung, sondern als Willensgeschäft hiervon rechtlich durchaus zu scheiden ist, erhebt sich gleichzeitig die Frage: In welchem Zeitpunkt ist der Vertrag abgeschlossen, von welchem Moment ab muß der Oblat als gebunden betrachtet werden?

Denn hierin muß sich ja gerade die praktische Bedeutung der Unterscheidung von Willenserklärung und Willensgeschäft zeigen. Für die Willenserklärung ist Haupterfordernis, daß sie dem Adressaten zugeht, daß dieser von ihr Kenntnis erlangt. Erst dann ist der Erklärende an sie gebunden, die Wirksamkeit ist abhängig vom Zugang an den Erklärungsgegner.

Anders muß es bei der Willensbetätigung sein. Der Offerent erklärt sich damit einverstanden, daß der Vertrag ohne seine Kenntnis zustande kommt, es wird vom Akzeptanten nicht verlangt, daß er sich über seine Absichten erklärt, sondern es wird ihm überlassen, durch Ausführung einer Handlung, die seinem Geschäftswillen entspricht, eine Vertragsperfektion herbeizuführen. Da aber der Moment des Vertragsschlusses für die sich hieran knüpfenden Rechtsfolgen überaus wichtig ist, so gilt es auch hier, einen solchen Zeitpunkt zu finden.

Der bloße innere Entschluß des Oblaten, die ihm zugesandte Ware zu behalten, den Verkaufsantrag ausführen zu wollen, kann zur Herbeiführung einer derartigen konkreten Rechtsfolge

38d) Die Anfechtung nichtempfangsbedürftiger Willenserklärungen. Breslau 1928.

38e) S. 3, 4.

38f) S. 11, 12. Vgl. ferner neuestens Manigk, Iher. Jahrb. 83 (1933) S. 39 ff.

nicht genügen[39]). Eine Erklärung des Willens ist andererseits nicht erforderlich, es muß also notwendig und genügend sein, daß der auf Vertragsschluß gerichtete Wille sich irgendwie in der Außenwelt dokumentiert, sich in einem entsprechenden körperlichen Verhalten äußert[39a]).

1. Die Lehre der Anhänger der Willenserklärungstheorie und ihre kritische Würdigung.

Diejenigen Schriftsteller, die das Aeußerungsbewußtsein als notwendiges Erfordernis der stillschweigenden Vertragsannahme betrachten, müssen demzufolge zur Vertragsperfektion ein schlüssiges Verhalten dem Vertragsgegner gegenüber fordern. So unterscheidet Wedemeyer (als Hauptvertreter dieser Lehre) für den Fall der umgehenden Uebersendung käuflich bestellter Waren auf Bestellschreiben sieben verschiedene Stadien[40]):

1. Der Kaufmann faßt den inneren Entschluß, den angebotenen Vertrag anzunehmen.
2. Das Bestellschreiben wird beim Ordnen der gleichzeitigen Eingänge zu den sonstigen Bestellungen gelegt, die ausgeführt werden sollen.
3. Dem auf dem Warenlager beschäftigten Angestellten geht die Weisung zu, die Ware nach Art und Menge auszusondern.
4. Die Ware wird ausgesondert,
5. verpackt,
6. zur Post geliefert,
7. geht dem Besteller zu.

Während Wedemeyer zutreffend feststellt, daß das Stadium 1 nicht ausreiche, hält er auch den Vertrag im 2. Stadium, in dem doch offensichtlich der Oblat seinen auf Vertragsschluß gerichteten Willen deutlich sichtbar dokumentiert, noch nicht für abgeschlossen, sondern meint, der richtige Zeitpunkt sei erst der, in dem der Kaufmann das Erklärungsbewußtsein habe. Dies sei aber erst in dem Augenblick vorhanden, in dem die Ware der Post zur Beförderung übergeben werde. Während die vorhergehenden Handlungen noch dem inneren Geschäftsbetriebe angehören, sei mit der Absendung der Ware für den Offerenten die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit gegeben, den Annahmeentschluß in Zukunft einmal zu erfahren[41]).

Abgesehen davon, daß es bei der Willensbetätigung unrichtig ist, von der Möglichkeit einer Kenntnisnahme auszugehen, da die Kenntnisnahme selbst unwahrscheinlich und völlig un-

39) S. 88 Wedemeyer.
39a) Manigk S. 398 ff.; Jacobsohn S. 406.
40) S. 88.
41) S. 97/98.

wesentlich zur Rechtswirksamkeit des Geschäftes ist, übersieht W. auch, daß die Aussonderung der Ware ebenso geeignet sein könnte, zur Kenntnis des Gegners zu gelangen, wie die Absendung. Denn wenn der Offerent wirklich selbst die gelieferten Waren erhält, vermag er daraus ebenso wohl zu schließen, daß sie abgesandt als auch, daß sie ausgesondert worden sind. Ueberdies ergeben sich Schwierigkeiten bei dem Versuch der praktischen Anwendung dieses Musterbeispieles auf andere Aneignungs- und Erfüllungshandlungen.

So ist es ganz willkürlich, wenn im Hotelfall angenommen wird, der Wirt rechne mit Eintreffen des Gastes erst bei Bereitstellung des Zimmers, nicht schon bei der betreffenden Weisung an den Oberkellner, oder etwa bei Aneignung einer unbestellt zugesandten Kiste Zigarren sei das erforderliche Erklärungsbewußtsein dann vorhanden, wenn mehr als eine etwa gestattete Probe geraucht sei, „denn würden die Zigarren jetzt noch zurückgeschickt, dann müßte der Antragsteller den teilweisen Verbrauch und damit den Annahmeentschluß bemerken".

Dies ist wohl eine reine Fiktion (denn wenn die Zigarren nicht zurückgeschickt werden, kann auch der Offerent den Verbrauch nicht bemerken), der W. selbst widerspricht dadurch, daß er hinzufügt, das Erklärungsbewußtsein könne aber auch vorliegen, wenn die Kiste verschenkt werde [42]).

Es ist unzweifelhaft, daß auch vorher schon der Annehmende den Willen hat, den Vertragsantrag anzunehmen, und wenn er durch irgend eine Handlung, sei es Verfügung über die Sache, Anweisung an einen Dritten, diesen Willen in der Außenwelt deutlich zur Erscheinung gebracht hat, so hat er damit auch auf den Antrag geantwortet und den Vertrag perfiziert.

Es hieße allerdings nach der entgegengesetzten Seite übertreiben, wollte man mit Gareis [43]) behaupten, daß der Anfang der Ausführungshandlung schon den Vertragsabschluß enthalte. Es wird vielmehr bei der Beurteilung der zum Willensgeschäft genügenden Ausführung des Annahmewillens immer auf den Einzelfall abzustellen sein.

Gleichgültig ist hierbei die Art des Tätigwerdens, gleichgültig auch, welch einen Schluß ein Außenstehender aus dieser Handlung ziehen könnte; es kommt nur darauf an, daß das Verhalten des Oblaten in Wahrheit seinem Geschäftswillen kongruent ist [44]).

Hierbei können Vorbereitungshandlungen ebenso gut wie spätere Erfüllungs- oder Aneignungshandlungen als „Annahme" gewertet werden. Denn wie W e d e m e y e r selbst richtig bemerkt [45]), wächst die Intensität des Annahmeentschlusses oder

42) Vgl. dazu Manigk S. 359.
43) Allg. T. § 151.
44) Manigk S. 398—400.
45) S. 97.

Wirkungswillens keineswegs mit der Vornahme der aufeinanderfolgenden Handlungen und jede Handlung, sei es Aussonderung der Ware oder Absendung, hat die gleiche Wirksamkeit als Indiz des Annahmewillens und damit als Vertragsperfektion. Da der Antragsteller keine Erklärung fordert, braucht die Annahmehandlung auch nicht so deutlich zu sein, daß für ihn eine Rückschlußmöglichkeit gegeben ist[46]), es genügt jede Betätigung, die vom Standpunkt des Handelnden selbst sich als Ausführung seines Willens darstellt. Wenn er gewohnt ist, Bücher, die er behalten will, auf seinen Schreibtisch zu legen, so genügt eine solche Betätigung als Indiz seines Willens, wenn ihm eine Bücherauswahl als Offerte zugesandt worden ist.

Diese Ansicht setzt sich allmählich immer mehr durch. So genügt auch nach Jacobsohn[47]) grundsätzlich im Falle des § 151, daß der Antragsempfänger den Willen faßt, der sich aber irgendwie in der Außenwelt verkörpern müsse.

Planck-Flad[48]) geben zu, daß die Annahme des Antrages durch Willensbetätigung erfolge, und auch Enneccerus-Nipperdey[49]) erklärt den Vertrag nach § 151 für bindend, sobald aus dem Verhalten des Oblaten der Annahmewille hervorgehe, z. B. sobald er die Ausführung des Auftrages begonnen, die übersandten Waren angebrochen oder die Bücher aufgeschnitten habe, wobei es nicht darauf ankomme, ob der Offerent in der Lage sei, von dieser Annahmeerklärung Kunde zu erlangen.

Denselben Standpunkt teilt auch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts, die z. B. in Bd. 102, S. 370 dahin entscheidet, daß es zur Annahme eines Vertrages auf Erfüllung einer Warenbestellung genüge, wenn die Ablieferung bei der Post erfolgt sei.

Wedemeyer hält seine Theorie von der Notwendigkeit des Erklärungsbewußtseins als Grundlage zur Vertragsperfektion deshalb für unumgänglich, weil er glaubt, es ginge nicht an, dem Oblaten nach Vertragsschluß noch ein Rücktrittsrecht zu gewähren (er selbst wird aber doch auch nicht ohne Rücktrittsrecht auskommen, denn auch die abgesandte Ware wird man sich noch von der Post zurückgeben lassen können[50]).

Ein solches Rücktrittsrecht wird man indessen dem Annehmenden zugestehen müssen[51]), will man die reine Willensbetätigung als Vertragsperfektion genügen lassen; denn wenn der Kaufmann, der seine Ware zum Versand bereit gestellt hat, sich

46) Cosack I § 59.
47) S. 406.
48) 3 b vor § 116.
49) § 153 I 1a.
50) Vgl. auch Windscheid § 306 Anm. 6.
51) Vgl. dazu Crome Lehrb. § 89 S. 401; Zitelmann, Rechtsgeschäfte S. 141 ff.; Rümelin, S. 163; Manigk, S. 384; Staub, Komm. Exc. § 361 Anm. 71; Düringer-Hachenburg Komm. II Einl. Anm. 223 S. 142.

im nächsten Augenblick anders entschließt, und sie wieder zu den anderen Waren zurückstellt, so ist damit die vertragliche Bindung wieder aufgehoben. Er kann den perfizierten Vertrag so lange wieder rückgängig machen, als er damit nicht in die Vertrauenssphäre des anderen Teiles eingegriffen hat und etwa entstandene Folgen noch zu beseitigen sind[51a]). Es darf billiger Weise nicht übersehen werden, daß die Annahmeerklärung bis zum Zugang widerrufbar ist.

Wedemeyer rügt allerdings mit Recht die Ansicht von Stobbe und Hölder, die nach Analogie der Willenserklärung den Beginn der Ausführungshandlung mit der Abgabe der Erklärung und ihre Vollendung mit deren Zukommen an den Kontrahenten gleichsetzen wollen. Denn damit würde der Vertrag aufschiebend bedingt und erst perfekt sein mit der Vollendung der Verfügungshandlung, also der Vertragsschluß durch Willensgeschäft faktisch dem Vertragsschluß durch Willenserklärung gleichgesetzt, und die Gefahr läge entgegen der Regelung des Gesetzes bei dem Akzeptanten, falls die Ware unterwegs unterginge. Der Antragsempfänger wäre also hier schlechter gestellt als gewöhnlich, während er doch in Wahrheit dem Sinn des Gesetzes entsprechend eine bevorzugte Stellung einzunehmen berechtigt sein müßte.

Wenn man aber jede dem Geschäftswillen entsprechende Betätigung als Vertragsannahme bewertet, wird diese Konstruktion der aufschiebenden Bedingung völlig vermieden. Mit der Annahmehandlung treten alle gewöhnlichen vertraglichen Wirkungen in Kraft, die der Handelnde allerdings rückgängig machen kann, so lange dadurch für den Gegner keine nachteiligen Folgen entstehen[52]). Ist die Ware schon unterwegs und der Oblat holt sie jetzt noch zurück, so ist es nicht unbillig, falls er einen später entstehenden Schaden zu tragen hat. Geht die Ware nach der Perfektion unter, so wird dadurch die Gefahrtragung keineswegs verschoben. Die Perfektion bleibt bestehen, da sie nur kraft Indiz des Annahmewillens entstanden ist und demzufolge durch zufälligen Untergang nicht aufgehoben werden kann.

Es ließe sich einwenden, daß der Vertrag dann unter der auflösenden Bedingung des Rücktrittsrechts geschlossen ist. Diese Konstruktion würde aber den Regeln des Verkehrs und des Gesetzes nicht widersprechen, da das Rücktrittsrecht nur bis zum Zugang an den Offerenten gewährt wird und Nachteile weder für ihn noch für den Akzeptanten entstehen können. Es ist jedoch m. E. nicht nötig, eine solche Resolutivbedingung zu fingieren, da der Oblat durch das Gesetz in seinen Entschließungen völlig frei gestellt ist und, ohne auf den Offerenten Rücksicht nehmen zu müssen, einseitig jede Folge seiner Hand-

51a) Ausführlichere Stellungnahme u. Ansicht der Verfasserin unten S. 29.
52) Vgl. dazu Manigk S. 384/385.

lungen vernichten kann, sofern Rechte des Offerenten noch nicht berührt sind.

Andererseits hat durch dieses Festlegenkönnen des Vertragsschlusses auf einen bestimmten Augenblick der Kontrahent die Möglichkeit, Rechte, die er etwa später aus dem Vertrage geltend machen will, auf einen bestimmten Zeitpunkt zurückdatieren zu können. Durch die Gewährung des Rücknahmerechtes wird eine Spekulationsmöglichkeit für den Akzeptanten in erhöhtem Maße, wie die erste Kommission sie für den von Zitelmann vorgeschlagenen Entwurf fürchtete[53]), nicht begünstigt.

Denn eine solche Spekulationsmöglichkeit liegt einmal immer dann vor, wenn dem Annehmenden eine gewisse Zeitspanne bis zur endgültigen Annahme gewährt wird, also ebenso gut in § 130 BGB. wie in unserem Falle, und überdies wird sie in § 151 durch den Willen des Offerenten selbst geschaffen[54]). Der Offerent, der auf die Erklärung verzichtet, hat demnach auch darauf verzichtet, daß er von der Perfektion und deren Zeitpunkt sichere Kenntnis erhält. Ihm kommt es in den Fällen des § 151 nur darauf an, d a ß der Gegner annimmt, und er will ihm dies nach Möglichkeit erleichtern.

2. Die Lehre Himmelschein's.

a) Annahmewille und Aneignungswille.

Die hier vertretene Auffassung bezüglich Vertragsannahme und Rücktrittsrecht wird von Himmelschein in seiner oben schon erwähnten Schrift scharf bekämpft. Er glaubt, daß es verfrüht sei, den Zeitpunkt der Vertragsperfektion der Betätigung des Willens gleich zu setzen und führt als Begründung an, der Annahmewille des Oblaten in diesem Zeitpunkt sei noch nicht der rechtsgeschäftliche Bindungswille, beide seien nicht zu identifizieren.

Im Falle der Bestellung von Waren unter der Bedingung sofortiger Zusendung z. B. habe bei der Aussonderung oder Absendung der Waren, d. h. in jedem Stadium vor ihrem Zugang, der Oblat als „Herr der Lage" nicht das Gefühl, sich rechtsgeschäftlich zu binden. Seine Handlungen seien wohl vom Annahmewunsch oder Annahmewillen, aber nicht vom rechtsgeschäftlichen Bindungswillen begleitet[55]).

Diese Ansicht führt aber zu unhaltbaren Folgerungen. Man nehme folgendes Beispiel an: Der Kaufmann A. erhält von B.

53) Bd. I, S. 84.

54) Manigk S. 356; vgl. auch Rümelin S. 174: Der Schutz gegen eine solche Spekulation liegt, soweit dieselbe nicht in verkehrsüblicher Weise in Kauf genommen wird, vor allem in dem letzten Satz des § 151.

55) S. 56.

einen Brief, enthaltend eine Warenbestellung. Er gibt darauf seinem Angestellten den Auftrag, diese Bestellung auszuführen. In diesem Augenblick ist A. sich voll bewußt, daß er eine Offerte annimmt und sie entsprechend ausführt, also einen Vertrag abschließt. Auch wenn die Ware an einen anderen als den Besteller zu versenden ist, weiß er doch, daß er durch Erfüllung vertraglich an diesen gebunden ist; und es hieße wohl die Fähigkeiten eines Geschäftsmannes verkennen, wenn man ihm nicht die Einsicht dafür zutrauen wollte, daß dadurch gleichzeitig rechtsgeschäftliche Wirkungen gegenüber dem Offerenten eintreten können. Wenn A. in diesem Augenblick nicht den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen hätte, wann sollte er ihn sonst haben, etwa im Augenblick der Ankunft der Ware bei dem Besteller oder einem anderen Adressaten? Das ist wohl unmöglich, denn von dieser Ankunft erfährt er vielleicht gar nichts, vielleicht erst viel später, meist wohl durch ein Bestätigungsschreiben. Wir hätten also hier nach der Ansicht Himmelschein's einen Vertrag vor uns, der ohne jeglichen Geschäftswillen des Annehmenden zustande käme, eine Folgerung, die angesichts der geltenden Rechtsordnung wohl kaum aufrecht erhalten zu werden vermag, da sie logischerweise jeden Unterschied zwischen deliktischer und vertraglicher Verfügung aufheben muß[56]).

Auch im Falle der Hotelzimmerbestellung glaubt H. in den typischen Annahmehandlungen des Hoteliers, z. B. Anweisung an den Oberkellner, Bereitstellen des Zimmers, Abweisung eines späteren Gastes usw. den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen nicht finden zu können.

Er mag recht haben mit seiner Behauptung, dem Laien sei es nicht bekannt, daß z. B. das Schreiben am schwarzen Brett eine Form des Vertragsschlusses unter Abwesenden sein könne[57]). Darauf ist aber nur zu entgegnen, daß der Laie sich allgemein nicht der theoretisch-juristischen Ausdrucksform seiner Handlungen bewußt ist und oft über deren rechtliche Folgen erstaunt. Wenn ein Hotelier auf den Bestellbrief eines Gastes Antwort erteilt, oder wenn er ausdrücklich von dieser Antwort entbunden das Zimmer durch Anweisung für den nächsten Tag bereitstellen läßt, wird er sich in gleicher Weise dem Gast gegenüber für gebunden halten. Kommt im zweiten Fall in später Abendstunde noch ein Gast, dem er kein anderes als das reservierte Zimmer geben kann, so ist er sich sicherlich bewußt, daß er die stillschweigend eingegangene Bindung wieder rückgängig macht. Er hält sich aber dazu für berufen, weil der erste Besteller nichts davon weiß — und mit Recht. Er kann infolge dessen Verzichts auf Kenntnis die vertragliche Bindung wieder aufheben — das eben ist die besondere Frei-

56) Vgl. Manigk in „Juristische Wochenschrift" 1931 S. 22/25.
57) S. 59.

heit, die ihm durch die Regelung des § 151 gewährt wird. Es würde wohl niemand einfallen, dem Offerenten, der zufällig durch einen Dritten davon erfährt, einen Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz gegen den Hotelier zuzugestehen.

b) Rücktrittsrecht.

Dieses Rücktrittsrecht ist nicht identisch mit der Zurücknahme einer noch nicht zugegangenen Willenserklärung gemäß § 130 BGB. Denn es handelt sich im ersteren Fall um Auflösung eines Rechtsaktes, im letzteren um Verhinderung der Perfektion eines solchen.

Da aber die Rechtsfigur des Willensgeschäftes in voller Wirklichkeit erst nach der Herausgabe des BGB. erkannt und entstanden ist und als völlig losgelöst von der Willenserklärung behandelt wurde, konnten entsprechende legale Regelungen nicht vorhanden sein, und es bleibt nur Analogieschluß aus den bekannten und geregelten Rechtsverhältnissen übrig.

Dabei muß berücksichtigt werden, daß die analoge Anwendung dem Geist der Gesetzgebung und der Auffassung des Rechts- und Verkehrslebens gerecht wird.

Der Grund, daß durch § 130 BGB. dem Oblaten einer Willenserklärung die Möglichkeit geboten wird, diese bis zum Zugange an den anderen Teil zurückzunehmen, ist darin zu sehen, daß der Gegner bis dahin in Unkenntnis der abgegebenen Erklärung kein Recht auf Vertrauensschutz erworben hatte, da ein Vertrag noch nicht zustande gekommen war.

Im Falle des § 151 ist die Verkehrslage die gleiche. Da auch hier keine Kenntnis von dem Verhalten des Annehmenden eingetreten ist, kann der Offerent keinen Vertrauensschutz beanspruchen. Kraft der Rechtsnatur der Willensbetätigung ist allerdings schon ein Vertrag zustande gekommen, auch ohne Kenntnisnahme von seiten des Geschäftsgegners. Im Uebrigen ist die Lage indessen die gleiche wie im Falle einer abgegebenen Willenserklärung vor deren Zugang, und es kann daher nicht unbillig sein, wenn man dem nach § 151 Handelnden nach Analogie von § 130 das Recht einräumt, seine Willensbetätigung rückgängig zu machen, so lange der Vertragskontrahent davon noch keine Kenntnis erlangt hat. Denn anderenfalls wäre die Handlungsfreiheit, die dem Annehmenden gerade mit dem Willen des Offerenten oder durch die Verkehrsauffassung belassen wird, in vielen Fällen illusorisch; er wäre tatsächlich stärker gehemmt als derjenige, der erst durch den Zugang seiner Erklärung an den anderen Teil gebunden wird [57a]).

Sehr treffend führte schon Zitelmann aus [58]), wie unbillig es wäre, dem Oblaten ein Rücknahmerecht zu versagen, da der

57a) Vgl. dazu Düringer-Hachenburg Bd. II Einl. Anm. 223.
58) Zitelmann, Rechtsgesch. S. 139 ff.

Verkehr in den meisten Fällen der Annahme ohne Erklärung keine Bindung annähme; und er zeigt an den verschiedensten Beispielen von Bestellungen und Erfüllungshandlungen, zu welch unmöglichen Konsequenzen zu Lasten des Akzeptanten eine solche Gebundenheit führen müsse, die vom Offerenten nicht einmal gewollt sei.

Es ist also sehr wohl mit der geltenden Rechtsauffassung vereinbar, ein Rücktrittsrecht auf die Willensbetätigung, so lange sie noch im Bereich des Oblaten ist, analog anzuwenden.

Andererseits sind bei einer solchen analogen Anwendung die immer geltenden Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen, die zuweilen das Rücknahmerecht ausschließen können.

Ein gutes Beispiel hierfür bietet der Fall, den der erste Zivilsenat des RG. in Bd. 36 S. 322 entschieden hat. Dieser Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: Ein Losverkäufer, der auf Antrag ein Los Nr. 43985 an den Besteller abgesandt, dieses Los aber irrtümlicher Weise infolge falscher Adressierung zurückerhalten hatte, schickte dem Besteller auf Anfrage nach bereits begonnener Ziehung eine andere Losnummer zu. Das Los Nr. 43 985 gewann. Das Reichsgericht verurteilte den Losverkäufer zur Auszahlung des Gewinnes an den Besteller, und zwar mit der Begründung, daß der Losverkäufer den Kaufantrag bezüglich des Loses Nr. 43 985 durch Aufgabe des Loses zur Post angenommen hatte und daß somit ein Vertrag abgeschlossen war, der durch einseitige Rücknahme nicht zerstört werden könne, weil der Vertragsschluß durch stille Annahme bindend sei.

In diesem Falle muß der Auffassung des Reichsgerichts beigetreten werden. Es würde gegen die das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, dem Losverkäufer das Rücknahmerecht zuzubilligen, da für den Vertragsgegner durch die Annahme das Recht auf Uebereignung des Loses und damit auf Auszahlung des Gewinnes schon entstanden war, die Rücknahme hier also tatsächlich einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis bedeuten würde.

c) Verfügung und sukzessive Vertragsentstehung.

Infolge der Ablehnung der Figur des Willensgeschäftes in Beziehung auf die stillschweigende Vertragsannahme kommt Himmelschein zu der Schlußfolgerung, daß es sich hier um einen gemischten Tatbestand handle, nämlich um sukzessive Vertragsentstehung, die teils auf Willenserklärung, teils auf Verfügungen oder nichtrechtsgeschäftlichen Tatbeständen beruhe. In Anlehnung an die Lehren Bekkers und Ehrlichs, daß „aus kontraktlichen und deliktischen Elementen gemischte Tatbestände Quelle kontraktlicher Obligationen" sein könnten, und in Ver-

folg der Köppen-Windscheid'schen Theorien von der sukzessiven Vertragsentstehung glaubt er in § 151 ein Rechtsgebilde sehen zu dürfen, das durch rechtsgeschäftliche und nichtrechtsgeschäftliche Tatbestände Vertragsfolgen herbeiführt, und zwar „stückweise nacheinander jeder Teil des Rechtsgeschäfts als bereits existierendes Rechtsgebilde mit eigentümlichen Rechtswirkungen" [60].

Himmelschein kommt so zu dem Resultat, daß sowohl bei den Aneignungs- als auch bei den Erfüllungshandlungen ein Schwebezustand entsteht vom Eingang der Offerte an bis zum Zugang der Ware an den Adressaten bezw. der völligen Aneignung oder Verfügung über die angebotene Sache. Am Ende dieses Schwebezustandes erst soll der Vertrag erfüllt sein. Alle Handlungen, die inzwischen vorgenommen werden, z. B. einzelne Aneignungshandlungen, Absendung der Ware usw. sollen jede für sich beurteilt und bewertet werden und Verpflichtungen für den Oblaten teils nach Vertragsrecht, teils als Schadensersatzforderung wegen unerlaubter Handlung herbeiführen.

Mit dieser Theorie kommt H. aber keineswegs über die Schwierigkeiten hinweg, die er selbst bei der Verwertung von der Theorie des Willensgeschäfts sehen zu müssen glaubt. Der Schwebezustand, während dessen Dauer sämtliche Handlungen des Oblaten je nach seinem Interesse oder dem des Offerenten auf ihre vertragliche oder nichtvertragliche Qualifikation hin gewertet werden sollen, bietet wenig Sicherheit für etwaige Ansprüche des Offerenten, und der angebliche Hauptmangel der hier vertretenen Theorie, nämlich die Festlegung des Zeitpunktes der Vertragsperfektion, ist in keiner Weise behoben.

Es ist nicht angängig, einen Vertrag, dessen Abschluß ganz dem Willen des Oblaten überlassen wird, von einer rein äußerlichen Tatsache abhängig zu machen. Wenn man prüfen will, ob die entstandenen Rechtsfolgen nach vertraglichen oder deliktischen Grundsätzen dem Offerenten Erstattungsansprüche gewähren, ist es unumgänglich, die Absicht, d. h. den Willen des Oblaten bei Betätigung der dieser Rechtsfolgen zugrunde liegenden Handlungen zu prüfen.

Aus diesem Grunde kann auch die Verwirkungslehre Himmelscheins [61] keine Anerkennung finden. Eine Verfügung als solche kann wohl rechtsbegründend wirken, nicht aber kann man von einer Verfügung mit Sicherheit sagen, daß sie kontraktliche Wirkungen erzeugt, denn der Oblat kann ebenso wohl mit deliktischer Absicht als auch mit rechtsgeschäftlicher oder nichtrechtsgeschäftlicher (im Irrtum handelnd) tätig werden.

Eine Unterscheidung muß geboten sein, denn den Handelnden in jedem Falle gleich zu behandeln, hieße gegen grundlegende Gesetzestendenzen verstoßen. Eine verschiedenartige

60) S. 97.
61) S. 107 ff.

Beurteilung läßt sich aber nur ermöglichen bei Eingehen auf die subjektive Einstellung des Handelnden; die objektive Betrachtung des Tatbestandes wird niemals hinreichenden Aufschluß geben können [62]).

Die Verfügung als solche ist allein nicht imstande, die vertragliche Bindung herbeizuführen. Solange sie bloßes Handeln ohne rechtsgeschäftlichen Willen bleibt, vermag sie nicht, kontraktliche Verpflichtungen für den Verfügenden zu schaffen. Wollte man dem Offerenten das Recht einräumen, aus den Verfügungen des Offertenempfängers die Vertragsannahme zu schließen, so wäre die Folge, daß der Empfänger auch gegen seinen Willen gebunden werden könnte; er befände sich in einer unsicheren, von der Auffassung des Offerenten abhängigen Situation; er müßte seine Handlungen je nach dem Belieben des Offerenten als rechtlich bindend oder als bedeutungslos gegen sich gelten lassen.

Hierdurch würde aber die Stellung der beiden Vertragspartner in das Gegenteil dessen verkehrt, was sie nach dem Willen des Gesetzgebers sein sollte. Denn darnach hat sich der Offerent die Unsicherheit der Vertragsannahme selbst zuzuschreiben, da er auf ausdrückliche Annahmeerklärung aus freien Stücken verzichtet hat oder nach der Verkehrssitte verzichten muß. Nur der rechtsgeschäftliche Wille darf den Oblaten binden. Irgend eine Verfügungshandlung, die vom Vertragsgegner subjektiv als Annahmeindiz verstanden wird, braucht keine Annahme zu sein, falls der Oblat nicht annehmen w o l l t e. Durch Darlegung seines wirklichen Willens kann er jederzeit den Schein einer Willensbetätigung vernichten, durch Ablehnung einer Offerte kann er eine scheinbare vertragliche Bindung rückgängig machen [62a]). Sein rechtsgeschäftlicher Wille allein ist maßgebend für die Rechtsfolgen.

So entscheidet auch der zweite Zivilsenat in RG. 105 S. 8, daß der Vertragsschluß nicht durch eine Verfügung als solche herbeigeführt werde. Es handelt sich hier kurz um Folgendes: Die klägerische Firma hatte bei der Beklagten Waren bestellt und ihrer Bestellung Lieferungsbedingungen beigefügt. Da die Beklagte ihrer Antwort ihre eigenen Lieferungsbedingungen hinzufügte, diese aber von denen der Klägerin wesentlich verschieden waren, entschied das RG., daß der Auftrag als abgelehnt angesehen werden müsse. Da die Beklagte inzwischen schon mit ihrem Lieferanten einen Kaufvertrag abgeschlossen hatte, glaubte die Klägerin, hierin einen Beweis für die Vertragsannahme seitens der Beklagten sehen zu dürfen. Gegen diese Auffassung wendet sich das RG., indem es ausführt: ein Vertragsschluß könne nicht daraus abgeleitet werden, daß die

62) Vgl. Manigk in Jur. Woch. 1931 S. 2225.

62a) Vgl. v. Tuhr Bd. II S. 408, 479; Manigk in „Irrtum und Auslegung" S. 161; Oertmann § 151 3 b.

Beklagte nach Eintreffen des klägerischen Angebotes mit ihrem Lieferanten ihrerseits fest abgeschlossen habe. Denn diesem Vertragsschluß brauche nicht notwendig die Ueberzeugung der Beklagten vom Vorliegen eines fertigen Kaufvertrages zwischen ihr und der Klägerin zugrunde gelegen zu haben. Gerade deshalb, weil für den Kaufabschluß der Beklagten mit ihrem Lieferanten die verschiedensten Beweggründe denkbar seien, könne darin auch nicht ohne weiteres ein äußerlich in die Erscheinung getretener Annahmeentschluß gegenüber dem Kaufangebot der Klägerin erblickt werden.

Diese Entscheidung des RG. zeigt, daß es in der Praxis zu unhaltbaren Entscheidungen führen würde, die bloße Verfügungshandlung als solche und ohne Rücksicht auf den Rechtsfolgewillen des Akzeptanten zur Vertragsperfektion genügen zu lassen. Vielleicht hatte in jenem Falle die Beklagte nur deshalb mit ihrem Lieferanten abgeschlossen, weil sie hoffte, sie werde sich mit der Klägerin auf ihre eigenen Bedingungen einigen. An eine Bindung aber oder Vertragsannahme braucht sie nicht gedacht zu haben. Auch nachdem diese Verfügungshandlung getroffen war, konnte sie die Offerte immer noch ablehnen.

III. Abschnitt.

DIE ANWENDUNG DER FÜR DIE WILLENSERKLÄRUNG GELTENDEN RECHTSNORMEN AUF DIE STILLE VERTRAGSANNAHME.

Bei der Frage nach der praktischen Auswertung der hier dargelegten Lehre über die Rechtsnatur des § 151 BGB. wird im Vordergrund die Frage stehen, ob die Grundsätze über die Behandlung der Willenserklärung analog auf die Willensgeschäfte, insbesondere auf die stille Vertragsannahme anzuwenden sind.

Im allgemeinen wird dies zu bejahen sein. Das Willensgeschäft unterliegt den Normen über die Geschäftsfähigkeit (d. i. eben die Willensfähigkeit), den Vorschriften über Bedingung, Befristung und Stellvertretung in gleicher Weise wie die Willenserklärung [64]).

Ausnahmen müssen sich jedoch logischerweise hinsichtlich des Merkmals ergeben, das den Unterschied der beiden Arten von Rechtshandlungen ausmacht, nämlich hinsichtlich des Fehlens des Kundgebungszweckes bei der Annahme ohne Annahmeerklärung. Daher können die Normen über die Willensmängel in den §§ 116 ff. BGB. auf § 151 nicht angewendet werden.

---

64) Vgl. Manigk S. 566 ff.

1. Insbesondere die Frage der analogen Anwendung der §§ 116, 119 und 122 BGB.

Es erscheint daher nicht richtig, wie Oertmann[65]) die Grundsätze über die Mentalreservation anzuwenden bei einer Tätigkeit, die lediglich Willensbetätigung des Annehmenden ist. Wir hatten schon oben festgestellt[66]), daß § 116 BGB. dort Platz greift, wo jemand seinen Geschäftsgegner bewußt in Täuschungsabsicht Mitteilung von seinen scheinbaren Geschäftswillen macht, um den Gegner, der auf die Uebereinstimmung dieses Erklärten mit dem wirklichen Willen vertraut hat, zu schützen. Bei der Annahmehandlung nach § 151 aber, wo eine Kundgebung und damit die Täuschung des Geschäftsgegners unterbleibt, erübrigt sich von selbst die Notwendigkeit des Vertrauensschutzes[67]).

Zu denselben Konsequenzen müssen wir auch bei der Behandlung des Irrtums gelangen.

Es wird sich nicht selten ereignen, daß der Empfänger einer zur Probe gesandten Kiste Zigarren diese mit seinen eigenen verwechselt und sie aufraucht oder verschenkt, oder daß jemand bei Ausführung einer Kaufofferte irrtümlicherweise eine falsche Sache versendet. Es fragt sich, ob ein solches Verhalten, falls es nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, den Oblaten zur Anfechtung und zum Schadensersatz nach § 122 BGB. verpflichtet.

Diese Frage ist zu verneinen[68]). Die §§ 119 und 122 BGB. haben den Sinn, den Empfänger einer Willenserklärung, der auf deren Inhalt vertrauen durfte, zu schützen, denn eine Erklärung, auch wenn sie dem wirklichen Willen des Erklärenden infolge Irrtums nicht mehr entspricht, wirkt so, wie sie ihm infolge des Kundgebungszweckes des Erklärenden mit dessen Willen zugegangen ist. Wie dargestellt wurde, ist aber bei den Willensgeschäften lediglich das Vorliegen des Erfolgswillens ohne Rücksicht auf Bekanntsein beim Antragenden von Bedeutung, weil eben hier die Rechtsordnung, dem Parteiwillen folgend, von der Kundgebung absieht und die Geschäftswirkungen, die Perfektion des Vertrages vom bloßen Willen des Oblaten abhängig macht. Es ist nicht zutreffend, bei einem solchen Irrtumsfall die Annahme als gültig bestehen zu lassen und den Oblaten auf sein Anfechtungsrecht zu verweisen, ein Schluß, zu dem Wedemeyer[69]) und andere gelangen[69a]), der Theorie folgend, daß der

65) § 151, 3b.
66) S. 5.
67) Vgl. Salomon S. 49.
68) Manigk S. 379 ff.; Planck-Flad § 151 Zif. 6; Oertmann § 151 Zif. 3, der die Irrtumsanfechtung hier ablehnt und bei Irrtum des Annehmenden das Zustandekommen des Vertrages selbst verneint. S. ferner Jacobsohn S. 408 ff.; Lehmann Allg. T. S. 133; Brodmann S. 31; Wendt Ziv. Arch. 92 S. 248.
69) S. 126.
69a) Staudinger § 151, 5; Jacobi S. 74.

Schluß des Offerenten auf das Erklärungsbewußtsein des Oblaten ebenso wirksam sei wie eine direkte Erklärung des letzteren selbst. Denn der Offerent weiß von der Handlung nichts; eine von dem Annehmenden zu vertretende falsche Vorstellung ist also nicht in ihm erweckt worden, und er kann Vertrauensschutz daher nicht fordern. Der Offerent hat dem Oblaten durch den Verzicht auf die Annahme freigestellt, sich so oder so nach seinem Belieben zu verhalten. Wenn der Oblat sich bei Betätigung seines Willens in einem Irrtum befand, so hat demgemäß der Offerent, wenn er aus diesem Verhalten einen falschen Schluß auf den Willen des Oblaten zieht, das Risiko zu tragen. Der Oblat muß sich ohne Anfechtung und deren Folgen auf seinen wahren Willen berufen können.

Ist für den Offerenten durch das irrtümliche Verhalten des Akzeptanten ein Schaden entstanden, so wird nach den obigen Ausführungen nicht gemäß § 122 BGB. das negative Vertragsinteresse als Ersatz beansprucht werden können, da dieses nur auf § 119 zurückgehend demjenigen zukommt, der durch sein gerechtfertigtes, d. h. dem Gegner zuzurechnendes Vertrauen auf eine abgegebene Erklärung geschädigt worden ist. Wohl aber ist der Oblat, sofern er rechtswidrig in die fremde Rechtssphäre eingegriffen hat, zur Herausgabe nach Bereicherungsrecht verpflichtet, bei Schuld dagegen zum Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB.[70]).

Auch bei Enneccerus-Nipperdey[71]), obwohl dort grundsätzlich die Annahme nach § 151 wie eine empfangsbedürftige Willenserklärung behandelt wird, wird ausgehend von dem Erfordernis des Betätigungsbewußtseins bei der Willensbetätigung, das dem Erfordernis des Erklärungsbewußtseins bei der Willenserklärung entsprechen soll, beim Fehlen dieses Betätigungsbewußtseins eine Anfechtung gemäß § 119 nicht gefordert, sondern Nichtigkeit der Willensbetätigung angenommen.

Wenn Nipperdey weiter ausführt, daß der Irrtum nicht immer Nichtigkeit zur Folge haben müsse, sondern daß auch durch bloße Indizien eine Vertrauensgrundlage geschaffen werden könne, denn der sich Betätigende müsse mit der Kenntniserlangung eines anderen rechnen, so ist darauf zu erwidern, daß diese Vertrauensgrundlage billigerweise nicht dazu genügen kann, dem Offerenten einen Anspruch auf Vertrauensschutz zu gewähren, d. h. auf Anfechtung und Schadensersatz seitens des Akzeptanten. Denn derjenige, der nur eine Annahme gemäß § 151 BGB. erwarten darf, hat nicht das Recht auf Vertrauensschutz, das der gewöhnliche Offerent hat. So lange er noch keine Annahmeerklärung empfangen hat, kann er nicht verlangen, daß der Antragsempfänger an Handlungen gebunden ist, die nicht seinem Annahmewillen entspringen. Es ist nicht mög-

70) Manigk S. 381; Jacobsohn S. 410.
71) § 136 Anm. 7 bei Zif. 1 (S. 441).

lich, in dieser Hinsicht Willenserklärung und Willensbetätigung gleich zu behandeln, beide von der „objektiven Veranlassung einer Vertrauensgrundlage" abhängig zu machen, es kann vielmehr bei der Willensbetätigung im Gegensatz zur Willenserklärung entscheidend nur das subjektive Moment sein. Die entgegengesetzte Auffassung Nipperdey's verletzt den Rechtsgrundsatz, daß Vertrauen nur dem gegenüber geschützt wird, dem die Vertrauensgrundlage zuzurechnen ist[71a]).

Aehnlich den Ausführungen Nipperdey's sind die Darlegungen Planck-Flad's[71b]), der hervorhebt, daß an sich bei irrtümlicher Vornahme einer Willensbetätigung der Wille nicht vorhanden sei und deshalb von einer Willensbetätigung überhaupt nicht die Rede sein könne. Aber die Umstände des Einzelfalls könnten so beschaffen sein, z. B. beim Aufschneiden eines vom Buchhändler zugeschickten Buches, daß der Handelnde die Schlußfolgerungen aus seinem Verhalten auf das Vorhandensein des fraglichen Willens nur im Wege der rechtzeitigen Anfechtung ausschließen könne.

Die Erkenntnis, daß an sich beim Fehlen des Willens Anfechtung nicht erforderlich ist, zeigt die Richtigkeit der hier vertretenen Lehre, die aber im Nachsatze durch Verwechslung der Stellungen von Offerenten und Akzeptanten und durch die irrige Auffassung, der Offerent habe ein Recht auf Vertrauensschutz, verwischt wird.

2. Uebergang vom Willensgeschäft zur Willenserklärung.

Nun wird sich aber in der Praxis die Mehrzahl der Fälle der sogenannten stillen Vertragsannahme so gestalten, daß der Oblat seine Annahme dem Offerenten zur Kenntnis bringt, sei es bei den Aneignungshandlungen dadurch, daß er nach Verbrauch einer Probesendung die betreffende Ware bestellt, oder bei den Erfüllungshandlungen dadurch, daß dem Gegner die abgesandte Ware zugeht oder z. B. im Falle der Hotelzimmerbestellung dem eingetroffenen Gast das Zimmer zugewiesen wird. In diesem Augenblick ist unzweifelhaft dem Gegner gegenüber eine Erklärung abgegeben worden. Er vertraut auf diese Erklärung, und er hat Anspruch darauf, in diesem Vertrauen gestützt zu werden. Es liegt also in diesem Augenblick eine Willenserklärung vor.

Die Vertragsannahme ist aber trotzdem unabänderlich schon in dem Augenblick erfolgt, in dem der Oblat seinen Willen betätigt hat. Die erst später erfolgende Kundgebung an den Offerenten ist von der Perfektion des Vertrages völlig unabhängig, sie hat nur eine Wirkung insofern, als jetzt infolge der Willens-

71a) Manigk Beiträge zum Wirtschaftsrecht (1931) Bd. II S. 590 ff., insbes. 596 ff.

71b) § 151, 5b.

erklärung der Gegner Anspruch auf Vertrauensschutz hat, d. h. wenn sich etwa erst jetzt zeigt, daß die frühere Handlung des Oblaten auf einem Irrtum beruhte, so kann er die Vertragswirkungen nur rückgängig machen durch eine Anfechtung nach § 119 BGB., und er ist zum Ersatz des Vertrauensschadens nach § 122 BGB. verpflichtet. Man kann diese Wirkung nicht besser definieren, als mit den Worten Manigks: „Das Willensgeschäft geht mit dem Zugang in den höheren Aggregatzustand der Willenserklärung über“ [71c]).

Mit dem Gesagten ist auch die Ansicht Planck's [72]) widerlegt, der trotz seiner Anerkennung des § 151 als Willensbetätigung vom Oblaten Anfechtung einer irrtümlich vorgenommenen Handlung fordert, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr.

Diese Grundsätze sind aber nicht verletzt, wenn man sich der hier vertretenen Meinung anschließt, denn aus § 122 geht ja hervor, daß nur der in seinem Vertrauen geschützt werden soll, der auf eine Willenserklärung bauend, ein Recht dazu hat, während der, der sich auf eine gar nicht ihm zugedachte und sich an ihn richtende Willensbetätigung des Gegners verläßt, eine so gesicherte Stellung nicht verlangen kann, sondern das Risiko eines Irrtums tragen muß [73]).

3. Die stille Vertragsannahme im Handelsrecht.

Nachdem hier der Versuch gemacht worden ist, die Vertragsannahme des § 151 BGB. dem Gesetz, der Geschichte und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend zu einer praktischen Lösung zu führen, ist zum Schluß von Interesse, einen Blick auf die Praxis des Handelsrechts zu werfen, die, wie schon oft, vielleicht auch an dieser Stelle Anregung zur Klärung und Fortentwicklung der stillschweigenden Vertragsannahme zu bieten vermag.

In § 362 HGB. ist bestimmt: „Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages.“

Wir haben es hier mit einer Vorschrift zu tun, die nach der herrschenden Ansicht [74]) über den § 151 BGB. hinausgeht; während dort nur von einer Annahmeerklärung abgesehen wird, die

71c) S. 404.

72) Planck 5b vor § 116.

73) Vgl. auch Rümelin S. 173.

74) Staub z. § 362 Anm. 19; Brodmann S. 33; Julius v. Gierke S. 319. S. auch schon Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 236; und in „Irrtum und Auslegung“ S. 151 ff.

Annahmehandlung jedoch gefordert wird, geht das HGB., das im Allgemeinen strengere Regeln aufstellt als das bürgerliche Recht, weiter, indem es bloßes Schweigen in der dortigen Beziehung als Annahme stempelt, also nicht nur von einer Erklärung, sondern auch von einer Betätigung vollständig absieht.

Eigentümlicherweise werden bei Düringer-Hachenburg diese beiden Vorschriften gleichartig behandelt, obgleich dort, wie an früherer Stelle schon dargelegt wurde, grundsätzlich die Lehre vom Willensgeschäft anerkannt wird. Die Konsequenz aus dieser Lehre wird insofern gezogen, als die Notwendigkeit einer Anfechtung nach § 119 BGB. bei irrtümlich vorgenommener Annahmehandlung (§ 151) verneint, andererseits aber die Ansicht vertreten wird, daß der Oblat, sobald er sein Versehen bemerkt, dies nach Treu und Glauben dem Offerenten anzeigen müsse. Im Falle der Unterlassung gäbe er durch sein Schweigen zu erkennen, daß er zur Annahme gewillt sei; durch sein Schweigen erkläre er die Annahme.

Daß eine derartige Auslegung des § 151 BGB. bedenklich ist, erhellt aus der vergleichsweisen Heranziehung beider Vorschriften. Der Wortlaut ergibt, daß § 151 BGB. dem Antragsempfänger nicht, wie § 362 HGB. eine Verpflichtung auferlegen wollte, da er ihn im Gegenteil von einer Annahmeerklärung befreit. Da die aus dem Schweigen des Oblaten legalisierte Annahme im Handelsrecht eine Folge der Vernachlässigung der Antwortpflicht ist, kann dieselbe Folge nicht den treffen, dem eine solche Pflicht nicht auferlegt ist.

Ueberdies halten auch Düringer-Hachenburg die Annahme gemäß § 151 für ein Betätigung des Annahmewillens. Bloßes Schweigen ohne wirklichen Annahmewillen kann aber niemals als Willensäußerung in diesem Sinne gedeutet werden.

Daß hingegen die gemäß § 362 HGB. erfolgende Annahme durch Schweigen keine Willenserklärung ist, läßt sich kaum bestreiten. Vergleichen wir diese Vorschrift mit der des § 151 BGB., so ist andererseits nicht zu verkennen, daß sie beide auf denselben Rechtsgrund zurückgehen. Im Handelsverkehr wie auch im Falle des § 151 im gewöhnlichen Rechtsverkehr ist das Bedürfnis vorhanden, eine rasche Geschäftsabwicklung zu schaffen, die Vertragsperfektion entgegen den sonstigen Grundsätzen in ein frühes Stadium zu verlegen, und von der Annahme-Willenserklärung unabhängig zu machen. Für den Handelsverkehr geht das Gesetz aber weiter als im bürgerlichen Recht und schreitet im § 362 HGB. zu einer unanfechtbaren Fiktion des Vertragsschlusses. Auf der Grundlage der dort normierten Erklärungspflicht des Kaufmanns ist sein Schweigen als Annahme typisiert[75]).

75) Manigk, Irrt. u. Ausl. S. 151 f.

Es setzt sich auch in der Literatur des Handelsrechts immer mehr die Auffassung durch, daß § 151 BGB. keine Willenserklärung voraussetze, sondern daß die „stille Vertragsannahme" ein Willensgeschäft sei, da der Oblat hier ohne Rücksicht auf die Kenntnisnahme des Offerenten den Vertrag durch irgend eine seinem Willen entsprechende Betätigung perfiziere [76]).

So werden entgegen der bisher herrschenden Lehre auch hier zwei Arten von Rechtsgeschäften anerkannt, nämlich Willenserklärungen und Willensgeschäfte, die in ihren rechtlichen Folgen durchaus gesondert zu behandeln sind.

---

76) Vgl. Brodmann S. 30; Düringer-Hachenburg Bd. II Einl. Anm. 4 u. 5; J. von Gierke S. 514.

LEBENSLAUF.

Am 24. Juli 1907 wurde ich als Tochter des Kaufmanns Eugen Marx in Düsseldorf geboren. Ich besuchte das Lyzeum der Kaiserin Augusta-Schule in Köln und das Städtische Oberlyzeum Steinstraße in Düsseldorf, wo ich 1928 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Freiburg, München, Berlin und Marburg und bestand am 28. November 1931 am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und am 3. Dezember 1932 in Marburg die mündliche Doktorprüfung.